

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

**Conflicto de derechos en el neoconstitucionalismo:
La supremacía de la libertad de expresión frente al derecho al honor y al
buen nombre de una figura pública y su tratamiento en el Ecuador**

María Daniela Martínez Fegan

Juan Pablo Albán Alencastro, Dr., Director de Tesis

Tesis de grado como requisito para la obtención de título de Abogada

Quito, julio de 2013

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

“Conflicto de derechos en el neoconstitucionalismo: La supremacía de la libertad de expresión frente al derecho al honor y al buen nombre de una figura pública y su tratamiento en el Ecuador”

Ma. Daniela Martínez Fegan

Dr. Farith Simon
Presidente del Tribunal

Dr. Juan Pablo Albán
Director de Tesis

Dra. Daniela Salazar
Informante

Dr. Luis Parraguez
Decano del Colegio de Jurisprudencia

Quito, 18 de Septiembre de 2013

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
INFORME FINAL DE DIRECCIÓN / TRABAJO ESCRITO TESINA

TITULO "Conflicto de derechos en el neoconstitucionalismo: La supremacía de la libertad de expresión frente al derecho al honor y al buen nombre de una figura pública y su tratamiento en el Ecuador"

ALUMNA María Daniela Martínez Fegan

E VALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado.

Es indiscutible la trascendencia que ha alcanzado en nuestro sistema el debate sobre la prevalencia de la libertad de expresión frente a los argumentos de presunta vulneración del honor de los funcionarios públicos, como mecanismo para garantizar el control ciudadano sobre cuestiones de interés público en una sociedad que aspire a denominarse democrática. Las tendencias jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil y penal por el legítimo ejercicio de la crítica a la actuación del poder público, que como consecuencia de una progresiva cooptación del sistema de administración de justicia se han instalado en nuestro país, desconocen décadas de desarrollo técnico jurídico orientado a proteger el más importante derecho humano en una sociedad democrática: La Libertad de Expresión.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

La hipótesis planteada por la estudiante es no solo trascendente sino acertada. Para poder resolver el conflicto de derechos que subyace en el problema antes descrito, nuestro propio modelo constitucional y la experiencia comparada no solo de otros sistemas nacionales, sino también de los organismos de supervisión de derechos humanos en el plano internacional, proporcionan una importante herramienta, el mecanismo de ponderación o balanceo, que deberían aplicar nuestras autoridades de justicia antes de resolver la imposición de sanciones civiles o penales a quienes procuran informar a la sociedad u opinan sobre cuestiones de interés público relacionadas con el ejercicio del poder, para no incurrir en el atropello de derechos, ni el de protección de la honra y dignidad, ni el de libertad de expresión.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

Las fuentes de investigación listadas por la autora de la tesina en su bibliografía son relevantes, actuales, y sustentan adecuadamente sus argumentos a lo largo de la tesina. Tales referencias bibliográficas se ven bien complementadas con referencias jurisprudenciales no sólo nacionales sino también de derecho comparado y de derecho internacional.

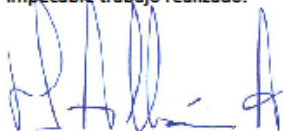
d) Contenido argumentativo de la investigación.

Considero que el documento tiene una excelente construcción y que la autora fundamenta adecuadamente su postura a lo largo del texto. La tesina bajo calificación tiene además la virtud de exponer en forma objetiva distintos puntos de vista respecto a la primacía del derecho a la protección de la honra y dignidad o del derecho a la libertad de expresión, motivando que el lector forme su propio criterio. Por otra parte, el trabajo entra al examen de las nuevas tendencias en materia de determinación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio de la libertad de expresión, y en el importante ámbito de los procesos de control de convencionalidad en el plano doméstico, para asegurar el cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

e) Cumplimiento de las tareas encomendadas a lo largo de la investigación.

La estudiante cumplió a cabalidad con el proceso de investigación, elaboración de la tesina, incorporación de sugerencias tanto en lo sustancial como en lo metodológico, de conformidad con lo establecido en el "Reglamento para la disertación oral y el trabajo escrito como requisito para la culminación de los estudios en el colegio de jurisprudencia de la universidad san francisco de quito".

Por todo lo expuesto, apruebo la tesina, y felicito a la estudiante por el interesante e impecable trabajo realizado.



Juan Pablo Albán Alencastro
Director de la investigación

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:

Nombre: María Daniela Martínez Fegan

C. I.: 1714336557

Fecha: Quito, julio de 2013

Agradecimientos

Agradezco a quienes me han apoyado en el desarrollo de esta tesina y durante mis estudios universitarios:

A mi familia, mis padres Gabriela y Andrés, por su apoyo incondicional. A mi hermana Gabriela con quien he mantenido largas discusiones. A Pedro, por su paciencia.

Agradezco a mi director de tesina Dr. Juan Pablo Albán Alencastro, por haberme apoyado constantemente durante mis estudios y actividades dentro de la Universidad San Francisco de Quito y por haberme compartido su conocimiento de la manera más generosa. A la directora metodológica de este tesina Daniela Salazar Marín, MA quien cada día demuestra un gran compromiso hacia la formación académica de los estudiantes. A ambos por despertar en mí un interés especial en derechos humanos.

En general a todos quienes forman el Colegio de Jurisprudencia de la USFQ.

Gracias.

Resumen

La libertad de expresión es un tema que ha tomado importancia dentro del Ecuador. En especial, en los últimos tres años se han observado una serie de decisiones judiciales en las que periodistas y ciudadanos son enjuiciados penalmente o sancionados con indemnizaciones civiles cuantiosas por supuestas afrentas a la honra de funcionarios públicos. Esto genera un conflicto entre derechos fundamentales, por un lado la libertad de expresión y por otro lado el derecho al honor. En este conflicto jurídico prima la libertad de expresión en situaciones donde se analizan declaraciones rendidas en contra de figuras públicas sobre temas de interés general ya que fomentan el libre debate dentro una democracia participativa. No existe un procedimiento unificado para la resolución judicial de conflictos donde dos derechos del mismo nivel de protección se ven enfrentados. Pero, gracias a la doctrina que apoya el nuevo derecho constitucional y al control de convencionalidad que deben ejercer las autoridades de justicia, se puede lograr una conciliación y llegar a un procedimiento aceptado de interpretación constitucional en el que se hace un ejercicio de ponderación a través de un juicio de proporcionalidad. Esto obliga a analizar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad, en el sentido estricto, de una medida judicial dentro de una sociedad democrática.

Abstract

Freedom of expression has regain importance during the last time in Ecuador. Specially, in the last three years public officers filed defamation lawsuits continuously. In these judicial decisions, journalists and individuals were convicted to imprisonment under the defamation criminal law and sanctioned under the civil law, with disproportionate pecuniary damages. These proceedings contemplate a conflict between two human rights, freedom of expression and the right to reputation. This legal conflict, freedom of expression supersedes the right to reputation when the challenged publications rely on public figures or public officers about a matter of public interest, because it contributes to the free flow of information inside a democratic society. There is not a uniform procedure of constitutional interpretation when two human rights of the same level are against each other. But thanks to the doctrine of the new constitutional law and the conventionality control that judicial authorities must exercise, is possible to conciliate one with each other and create an accepted procedure that allows the judiciary to make a rational weighing. This demands the argumentation of the necessity, legitimacy, and proportionality of a judicial measure inside a democratic society.

Tabla de contenido

Introducción.-	12
Capítulo 1.- Conflicto de derechos en el neoconstitucionalismo: principales criterios de interpretación	17
1.1 Neoconstitucionalismo o nuevo constitucionalismo en el Ecuador	19
1.1.1 Antecedentes históricos de la doctrina: constitucionalismo	19
1.1.2 El constitucionalismo liberal-revolucionario durante la revolución burguesa del siglo XVIII	20
1.1.3 Reacción conservadora durante el siglo XIX y a principios del siglo XX	25
1.1.4 El constitucionalismo social y la incorporación de nuevos derechos	29
1.1.5 Constitucionalismo democrático a principios del siglo XX	31
1.1.6 Nuevo derecho constitucional a partir de la Segunda Guerra Mundial	33
1.2 Técnicas de interpretación constitucional en el nuevo constitucionalismo	44
1.2.1 Conceptos generales	44
1.2.2 Técnica de ponderación o la ley de los principios (colisión de principios)	50
Capítulo 2.- Conflicto de derechos entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la honra	55
2.1 Introducción al conflicto en el Ecuador	55
2.2 Derecho a la libertad de expresión	64
2.3 Análisis del derecho a la libertad de expresión enfocado desde el marco del sistema interamericano de derechos humanos	69
2.4 Restricciones a la libertad de expresión	75
2.4.1 Prohibición de la censura previa	75
2.4.2 Restricciones legítimas a la libertad de expresión	78
2.4.3 Restricciones indirectas a la libertad de expresión	85
2.5 Derecho a la honra y dignidad	89
2.6 Limitación del derecho a la honra y reputación de una figura pública frente al ejercicio de la libertad de expresión	99
2.6.1 Mayor grado de tolerancia en declaraciones vertidas sobre figuras públicas, funcionarios públicos y particulares expuestos voluntariamente la crítica pública	99
2.6.2 La protección a la honra y reputación de los oficiales públicos, figuras públicas o un particular que se ha involucrado voluntariamente en asuntos de interés público debe estar garantizada por sanciones civiles e implementación del estándar de la real malicia	101

2.6.3 Diferencia entre opinión y hecho fáctico: defensas de reporte fiel, defensa razonable e información en el dominio público	106
2.6.4 Menor grado de tolerancia si la declaración es emitida por un oficial público en un contexto de conflicto social	108
2.6.5 Naturaleza de la publicación sobre una figura pública: sobre interés general o respecto a la vida privada	109
2.6.6 Estándar de la medida menos restrictiva: análisis de alternativas	112
Capítulo 3.- Soluciones al conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la honra de una figura pública en el plano internacional y el derecho comparado.....	114
3.1 Criterios de ponderación en el plano internacional	115
3.1.1 Corte Interamericana de Derechos Humanos	115
3.1.2 Tribunal Europeo de Derechos Humanos	123
3.2 Soluciones al conflicto en el derecho comparado	135
3.2.1 Argentina	135
3.2.2 Colombia.....	138
3.2.3 México	143
3.2.4 España.....	149
3.2.5 Alemania.....	155
3.2.6 Estados Unidos	160
Capítulo 4.- Propuesta y ejercicio de ponderación.....	164
4.1 Propuesta y utilización de criterios objetivos	164
4.2 Explicación del caso en concreto	165
4.3 Ejercicio de ponderación y fundamentación jurídica	167
4.3.1 Normativa aplicable y principios rectores: supremacía constitucional, aplicación directa e inmediata de la Constitución de la República y libertad de expresión	167
4.3.2 Grado de afectación del derecho a la honra	171
4.3.3 Importancia de la satisfacción del derecho a la libertad de expresión	178
4.3.4 La satisfacción de la libertad de expresión justifica la restricción del derecho al honor: creación de la regla.....	180
Capítulo 5.- Conclusiones	182
Bibliografía.....	192

Introducción.-

En los últimos tiempos ha habido dos temas importantes, entre otros, que han ocupado los titulares de la prensa dentro del Ecuador. Por un lado están los temas relacionados con el derecho a la libertad de expresión tales como, la discusión de la reciente Ley de Comunicación del Ecuador publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 22 el 25 de junio del 2013, los ataques a la prensa independiente considerada de oposición por parte del Presidente de la República, Rafael Correa, las incautaciones de los bienes de la revista Vanguardia, las órdenes judiciales para rectificar información de los diarios, los pronunciamientos de los relatores especiales de los organismos internacionales sobre la situación del derecho a la libertad de expresión en el Ecuador, etc. Pero, sobre todo llama la atención de los diarios y de los ciudadanos, los procesos judiciales ya sean penales o civiles, que han iniciado los funcionarios públicos en contra de periodistas o en contra de individuos por injurias calumniosas o daños morales por supuestas afrentas a la honra y reputación hechas mediante declaraciones rendidas sobre asuntos de interés público. En la mayoría de estos procesos, los funcionarios han salido victoriosos. Sin embargo, una práctica reiterada ha sido la desestimación de los procesos por parte de los actores, así como el perdón público y la remisión.

Pero estos actos de indulgencia por así llamarlos, no quitan la duda que genera en la ciudadanía sobre si ciertas publicaciones o declaraciones pueden o no constituir una injuria calumniosa y más aún, no significa que no se esté restringiendo o atentando el derecho a la libertad de expresión, de opinión, de información y de prensa. Entonces, resulta conveniente preguntarse ¿cuáles son los criterios que utilizan los administradores de justicia para determinar la existencia de una injuria calumniosa en el ejercicio de la libertad de expresión? Sin perjuicio, que las injurias calumniosas se encuentran tipificadas en el Código Penal del Ecuador, la mayoría de los querellados o demandados en estos casos, han planteado como excepción que dichas declaraciones se encuentran protegidas por el derecho a la libertad de expresión, por lo que tiene que ser analizado a la luz de éste último derecho. Resulta importante preguntarse cuáles son los efectos que generan en la sociedad democrática los procesos judiciales iniciados por las autoridades públicas en contra de los ciudadanos, frente a los cuales se debe una actuación pública y transparente.

Entonces, estamos frente una situación en particular en la que se debe considerar tanto las pretensiones y la acusación como las excepciones o defensa; por un lado está un funcionario/a que alega la violación de un derecho fundamental que es el derecho a la honra y dignidad basado en una norma reglada, y por otro lado el demandado/a, que alega como defensa el ejercicio de otro derecho fundamental, que viene a ser la libertad de expresión contemplado en la Constitución. Al existir dos derechos fundamentales en juego, no resulta una tarea fácil para el juez/a. Lo que está claro es que donde se contraponen dos derechos fundamentales, son ambos los que deben ser analizados dentro de la motivación judicial. En un Estado garantista es el deber de éste avalar el libre y goce efectivo de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Por esta razón el análisis aislado de un derecho en el caso en concreto que represente este conflicto, significaría inmediatamente el menoscabo del otro derecho por omisión de la autoridad judicial. Tanto el derecho al honor y al buen nombre como la libertad de expresión son derechos humanos que tienen el mismo nivel de protección. Pero para que ambos puedan coexistir y ser optimizados al máximo, requiere de un análisis racional en el que se determine, de acuerdo al caso, la supremacía del uno sobre el otro y viceversa. Pero, ¿cómo llegar a una solución justa?

Es aquí donde se pasa al segundo tema que ha causado gran discusión desde la entrada en vigencia de la Constitución del Ecuador del 2008 se generó una discusión, sobre la existencia de un nuevo derecho constitucional donde los conceptos jurídicos indeterminados, como los principios, juegan un rol esencial y así como también el reconocimiento y la exigibilidad de los derechos humanos. Como en todas las ramas, existen doctrinarios que apoyan la idea de nuevo constitucionalismo y doctrinarios que niegan su novedad. Tema que será expuesto en el desarrollo de esta tesina.

Los doctrinarios y las cortes domésticas de otros Estados, se han encargado de dotar de ciertas características al nuevo derecho constitucional, ya que no existe un cuerpo único y unificado que establezca con claridad los elementos propios de este nuevo Derecho. Sin embargo, los estudiosos de esta doctrina coinciden en la necesidad de tener en claro las técnicas procedimentales para dilucidar los conflictos en los que se enfrentan disposiciones contrarias a través de un ejercicio de ponderación, en el que las cortes internacionales también

coinciden, en este caso entre una reglamentada como las injurias que protege el derecho al honor y otra disposición en calidad de principio, como la libertad de expresión que no se encuentra reglamentada, ni existe una sanción para quien vulnera este derecho. Para ello, se debe utilizar criterios que puedan ser trasladados objetivamente de caso a caso, para que el juez ya sea ordinario o constitucional pueda realizar un ejercicio racional, evitando arbitrariedad.

Esta obligación del juez de analizar el derecho que juega en contrario en los casos iniciados por injurias calumniosas o daños morales, obliga a realizar la fundamentación jurídica tanto por parte de las partes intervinientes en el proceso como por parte de la autoridad judicial, sobre los derechos constitucionales. La Constitución y los instrumentos internacionales son parte del bloque legislativo y no se puede hacer caso omiso. Por esta razón he considerado importante realizar una investigación en la que se analice este conflicto jurídico de actualidad a partir del nuevo derecho constitucional interrelacionado con las obligaciones internacionales del Estado, así ajustarse al contexto jurídico y filosófico del cual el Ecuador es parte.

Por todo lo expuesto, el contenido de esta tesina se dividirá en cinco capítulos, en el primero, haré una aproximación a la doctrina del neoconstitucionalismo, donde se exponen las visiones seguidoras del mismo y aquellas que las que critican. He considerado necesario dar una mirada a los antecedentes históricos, para observar cómo el cambio del pensamiento en la historia ha provocado cambios en la lectura del Derecho de acuerdo a la visión filosófica de la época. En la actualidad, esto no tendría por qué ser diferente. La evolución del pensamiento y la inclusión pluralista en el presente, demanda de un análisis contemporáneo de la aplicación del derecho y obliga trasladar ciertos preceptos desarrollados constantemente a lo largo de la historia hacia los conflictos que surgen en el día a día. Una vez abordado este tema, continuaré con la explicación de las características básicas y sobre ciertos conceptos fundamentales, del neoconstitucionalismo, para culminar con la explicación de la ley de la ponderación o en la colisión de principios. Esto dará una pauta para la observación de las reglas procedimentales a seguir en el momento de justificar una decisión judicial y a las exigencias de una fundamentación jurídica concordante con el sistema garantista de derechos humanos.

Posteriormente, en el capítulo dos se identificarán cuáles son los derechos en conflicto a ser estudiados en esta tesina, por un lado el derecho a la honra y reputación protegido por una norma penal y por otro lado el derecho a la libertad de expresión protegido por un principio en la Constitución de la República. Una vez determinados, se pasará a hacer la fundamentación jurídica de ambos derechos constitucionales. Esto tiene como propósito dotar de contenido jurídico a ambos derechos para que puedan ser reducidos a un caso concreto a través de criterios objetivos. El nuevo derecho constitucional tiene un vínculo muy estrecho con el derecho internacional de los derechos humanos, esto obliga a que el juez conocedor de una causa en la que exista una posible vulneración de derechos humanos observar la interpretación de un instrumento internacional. De esta manera se pretende maximizar en mayor medida de lo posible los derechos garantizados en la Constitución de la República. Adicionalmente, la utilización de estándares internacionales en la materia, permite identificar cuáles son las variaciones y limitaciones aceptadas para restricción de un derecho fundamental, así el Estado garantista evita la violación de los derechos protegidos. Por esta razón, me referiré de manera breve a los estándares adoptados en la materia a nivel internacional y a la limitación que sufre el derecho a la honra cuando se trata de oficiales y figuras públicas en temas de interés general.

En el tercer capítulo, demostraré que las cortes internas de países seguidores del nuevo derecho constitucional como México, Colombia, Argentina y Alemania, han implementado ya los estándares desarrollados tanto en el plano interno como en el plano internacional, como el estándar de la real malicia, del reporte fiel, de la publicación razonable, de diferenciación entre juicio de valor y opinión, menor umbral de protección cuando la persona agraviada es un funcionario o figura pública, entre otros. Así como también demostraré que tanto las cortes internacionales como las cortes domésticas coinciden con las reglas del procedimiento para la interpretación constitucional, es decir para el ejercicio racional de ponderación, donde se analiza la proporcionalidad, idoneidad y necesidad de una restricción dentro de una sociedad democrática. Esto servirá para comparar las decisiones judiciales internas del Ecuador con la jurisprudencia comparada y la existencia de criterios objetivos.

En el cuarto capítulo, haré una reducción de todo lo desarrollado a lo largo de esta tesina a través de la solución de un caso concreto. El caso elegido es un caso real en el que se

obtuvo una sentencia sumamente restrictiva en el derecho a la libertad de expresión. Por esta razón, realizo la propuesta de hacer un ejercicio de ponderación desde las pretensiones de las partes, en base a la legislación ecuatoriana, teniendo en cuenta las reglas formales otorgadas por la doctrina y las cortes internacionales, los criterios sustanciales tomados del derecho interno, el derecho internacional y el derecho comparado, con el fin de cumplir con las exigencias de la fundamentación jurídica de los derechos constitucionales y evitar caer en decisiones judiciales ilegítimas y arbitrarias. En este caso no se pretende hacer un ejercicio de revisión constitucional de una resolución judicial, sino hacer la ponderación desde la perspectiva de un juez ordinario obligado a aplicar la ley, la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, y obligado a ejercer un control de convencionalidad.

Finalmente en el capítulo quinto, haré una exposición de las conclusiones que demuestran que en un conflicto de derechos en el neoconstitucionalismo, la libertad de expresión se encuentra por encima del derecho al honor y buen nombre de una figura pública, en especial en temas de interés público. También haré una aproximación hacia las ventajas de un sistema afín al nuevo constitucionalismo en los derechos humanos y concluiré que el tratamiento que se ha dado continuamente en el Ecuador, significa una inobservancia de los estándares internacionales en materia de libertad de expresión y una posible vulneración sistematizada del derecho a la libertad de expresión por la omisión de un análisis concordante en la motivación judicial.

Capítulo 1.- Conflicto de derechos en el neoconstitucionalismo: principales criterios de interpretación

En este primer capítulo se pretende dilucidar cuáles son los estándares mediante los cuales los funcionarios públicos y en especial, aquellos encargados de administrar justicia, deben utilizar al momento de resolver un conflicto entre derechos del mismo nivel de protección. Para ello es importante recurrir al contexto jurídico dentro del cual se hacen valer los derechos de los ciudadanos actualmente.

El Ecuador es un Estado que responde al nuevo constitucionalismo o neoconstitucionalismo que se caracteriza por ser un modelo garantista de los derechos humanos. Por modelo garantista, se entiende que dentro del bloque jurídico de un Estado existen técnicas normativas que tutelan o garantizan un derecho subjetivo, ya sea patrimonial o fundamental¹. Estas garantías generan una expectativa negativa, de no lesionar un derecho subjetivo y otra expectativa positiva de esperar una prestación a cargo de los poderes públicos (derechos sociales). Pero no es suficiente que la expectativa provenga de un vínculo jurídico como una garantía primaria, sino que también existan las garantías jurisdiccionales a las obligaciones, que impongan una sanción o anulación de un acto violatorio de las garantías primarias².

Si bien no ha habido una manifestación expresa en la que se afirme que el Estado ecuatoriano es un seguidor de la filosofía neoconstitucionalista, la Corte Constitucional del Ecuador, ha establecido mediante sentencia interpretativa que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y de justicia, dentro del cual la Carta Constitucional responde a una nueva postura que combina la existencia de reglas y de principios en una norma. Para ello cita a los autores Robert Alexy y Ronald Dworkin, quienes en sus trabajos jurídicos han hecho una gran contribución a la doctrina del nuevo constitucionalismo³.

¹ Luigi Ferrajoli. *Democracia y garantismo*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2008. Págs. 60-64.

² *Ibíd.*

³ Ronald Dworkin. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984; Robert Alexy. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1997; Hans Kelsen. *Teoría Pura del Derecho*. 1a

Adicionalmente, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador ha publicado una serie de libros “Neoconstitucionalismo y Sociedad” en la Serie Justicia y Derechos Humanos donde aportan varios autores, entre uno de ellos se encuentra Ramiro Ávila Santamaría. La Corte Constitucional también citó en una de sus resoluciones⁴ al autor antes mencionado, quien se ha caracterizado por defender esta corriente⁵. Estas citas realizadas por el máximo órgano de interpretación y control constitucional, permiten formar un criterio sobre la tendencia neoconstitucionalista con la que se aproximan los casos ante la Corte.

Así también el artículo 427 de la Constitución de la República establece:

Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.⁶

Se puede observar que fue voluntad del constituyente llamar a la aplicación de principios generales de la interpretación constitucional, siendo esto una parte fundamental del constitucionalismo moderno. Esto será explicado posteriormente en el título: Técnicas de Interpretación Constitucional. Esta norma mencionada y las referencias en las que se basa la actual Corte Constitucional, llevan a afirmar que la realidad jurídica del Ecuador es de proximidad al neoconstitucionalismo, por lo que resulta pertinente realizar el análisis a raíz de esta doctrina. Durante este capítulo, se abordará en primer lugar la doctrina del neoconstitucionalismo y sus antecedentes, y posteriormente se procederá con el análisis de las técnicas de interpretación constitucional para la solución de derechos en conflicto.

edición, 1934 citado en Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia Interpretativa No. 0001-09-SIC-CC*. Caso No. 0005-09-IC. Publicada en el Registro Oficial Suplemento 549 de 16 de marzo del 2009.

⁴ Ramiro Ávila Santamaría. *Ecuador: Estado constitucional de derechos y justicia. Constitución del 2008 en el contexto andino*. Serie "Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y Sociedad" No. 3. Ministerio de Justicia: Quito, 2008. Pág. 2 citado en Corte Constitucional del Ecuador. Resolución 64. *Sentencia No. 064-10-SEP-CC* del Caso No. 0894-09-EP. Registro Oficial Suplemento 364 del 17 de enero del 2011. Pág. 6.

⁵ Ramiro Ávila Santamaría. *En defensa del neoconstitucionalismo transformador: los debates y argumentos*. Repositorio Institucional del Organismo Académico de la Comunidad Andina de Naciones: marzo 2012. Págs. 2-25.

⁶ *Constitución de la República del Ecuador*. Artículo 427. Publicada en el Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008. Artículo 427.

1.1 Neoconstitucionalismo o nuevo constitucionalismo en el Ecuador

Para determinar qué abarca la doctrina del neoconstitucionalismo y si supone un aporte nuevo, propongo considerarlo como una variación del constitucionalismo que se desarrolló desde el siglo XVIII a nivel mundial y que en relación a las épocas y los aportes filosóficos ha ido sufriendo ciertos cambios. Para Miguel Carbonell, el nuevo constitucionalismo nace a partir de la Segunda Guerra mundial y sobre todo a partir de los años 70⁷, ha sido denominado por algunos autores como el nuevo constitucionalismo o por otros como el neoconstitucionalismo. Durante el desarrollo de esta tesina se utilizarán los términos indistintamente, tomándolos como sinónimos.

El neoconstitucionalismo pretende explicar los textos constitucionales que surgen en la época mencionada, que contiene no solo la división de poderes y el sometimiento del derecho público al principio de legalidad, sino también un catálogo amplio de derechos fundamentales, que se convierte en una norma material y limita las acciones del Estado mediante fines y objetivos. Esto determina el campo de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos e incluso entre los mismos ciudadanos. También, el desarrollo y la práctica jurisprudencial se realizan bajo nuevos parámetros interpretativos a través de valores constitucionalizados, lo que requiere de mecanismos jurisdiccionales de garantía⁸. Pero ¿cómo se llegó hasta esta modalidad de nuevo constitucionalismo? Es importante abarcar los antecedentes históricos para determinar la evolución del pensamiento y los textos constitucionales, así brindar una explicación histórica.

1.1.1 Antecedentes históricos de la doctrina: constitucionalismo

Como se mencionó anteriormente, el constitucionalismo ha variado desde su origen con los tiempos, debido a la época y los aportes de pensadores, filósofos y juristas. Principalmente, el constitucionalismo ha tenido cuatro momentos importantes a lo largo de la historia, antes que se empiece a hablar del nuevo derecho constitucional, de los cuales se intentará hacer una breve exposición. Estos cuatro momentos son:

⁷ Miguel Carbonell. *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*. Quito: Cevallos Editora Jurídica, junio 2010. Págs. 24 - 25.

⁸ Id. Págs. 24 -27.

1. El constitucionalismo liberal-revolucionario durante la revolución burguesa del siglo XVIII, que culminó con la Revolución Francesa en 1789;
2. Frente a la Revolución Francesa y al liberalismo, surge la reacción conservadora durante el siglo XIX y a principios del siglo XX. Se consolida también el Estado legal de Derecho;
3. Constitucionalismo social con la incorporación de nuevos derechos, entre la I y II Guerra Mundial y también en parte después de la Segunda Guerra Mundial.⁹
4. Constitucionalismo democrático a principios del siglo XX.¹⁰

En general el constitucionalismo se trata de un movimiento histórico-político que lleva al derecho positivo. Donde se encuentra la presencia de una constitución jurídica, que se caracteriza por un contenido de finalidades estatales, de principios o medios genéricos, tiene una función limitadora del poder y garantizadora de los derechos fundamentales de las personas¹¹.

1.1.2 El constitucionalismo liberal-revolucionario durante la revolución burguesa del siglo XVIII

El primer momento fue el constitucionalismo liberal-revolucionario, donde propiamente inicia el movimiento constitucionalista, es un producto del iusnaturalismo racional¹² durante

⁹ Jürgen Habermas. *La lucha por el reconocimiento del Estado democrático de derecho* en Viciano Pastor, Roberto y Rubén Martínez Dalmau. *Una nueva categoría en el constitucionalismo. El nuevo constitucionalismo en América Latina*. Corte Constitucional del Ecuador. Quito: Editora Nacional, junio 2010. Págs. 14 y 15; Domingo García Belaunde. *¿Constitucionalismo democrático o democracia constitucional?* Biblioteca Jurídica Virtual. Universidad Autónoma de México. Sin fecha de publicación. Fecha de acceso 03 marzo 2013.. <biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2123/31.pdf>. Págs. 455-461

¹⁰ Elías Díaz. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Sexta edición. Madrid: Edicusa, 1975. Págs. 127-130.

¹¹ Mario Justo López. *La constitución jurídica. Manual de derecho político*. Segunda Edición. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1997. Págs. 374-375.

¹² La doctrina del iusnaturalismo racional fue estudiada por diferentes pensadores, Hugo Grocio (1583 – 1645) planteó la idea de generar un ordenamiento normativo racional partiendo de los axiomas y los principios que pueden ser llevados al derecho positivo. Cuando exista una afirmación por muchos en diferentes tiempos y lugares, debe ser atribuido a una causa universal. Para Samuel Pufendorf (1632-1694) el derecho natural puede ser entendido con la razón y el método axiomático-deductivo. Preocupado por la metafísica aristotélica, se dedica a la búsqueda de las primeras causas o principios y termina en un análisis experimental. Véase en Ricardo D Ravinovitch-Berkman. *Recorriendo la Historia del Derecho*. Segunda Edición. Quito: Cevallos Editora Jurídica, Septiembre 2006. Págs. 302-309.

las revoluciones burguesas del siglo XVIII¹³. Esta etapa del constitucionalismo surge como respuesta a las monarquías absolutas, gracias a las teorías elaboradas principalmente por Thomas Hobbes y John Locke.

La teoría de Locke de la “monarquía limitada” fue aquella que tuvo prevalencia a lo largo del siglo XVIII, en la que se reviven las ideas constitucionalistas que habían surgido en Inglaterra hacia años anteriores y reaparecen con un estudio de principios y garantías constitucionales. Esos fundamentos inician ya en el año en 1215 en Inglaterra cuando se creó la Carta Magna, un documento al que se le considera como la primera constitución escrita. Los barones ingleses como hombres libres y en nombre de sus siervos impusieron límites al rey Juan “sin tierra”, al establecer obligaciones al monarca como la prohibición de privar de la libertad, de la vida, de violar el domicilio y de desterrar a los hombres libres sin ser juzgados por sus iguales, la prohibición de establecer tributos sin autorización de los hombres libres y también este documento establecía una diferenciación orgánica de las funciones públicas¹⁴. Se puede hablar que con este documento se dan los primeros pasos hacia la limitación del poder mediante el establecimiento de las garantías mínimas y la protección de los derechos básicos del ser humano.

En esta teoría de la “monarquía limitada”, Locke, defensor de la revolución inglesa de 1688, justifica la presencia del Estado mediante un “contrato social”, y seguida por un “contrato gubernativo”, donde la sociedad es un todo y el gobernante, es elegido en calidad de jefe. De acuerdo a la teoría de Locke la sociedad como parte de este contrato social, no renuncia a todos sus derechos naturales frente al gobierno, sino solo a aquellos que son necesarios para la existencia de la misma sociedad. Visto del otro lado, aquellos derechos naturales restantes del individuo que no han sido renunciados deben ser protegidos por el Estado y su jefe, tales como el derecho natural a la vida, a la libertad y a la propiedad¹⁵.

¹³ Op. Cit. Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau. *Una nueva categoría en el constitucionalismo. El nuevo constitucionalismo en América Latina*. Véase cita 9. Págs. 14 y 15.

¹⁴ Enrique Sánchez Bringas. “El constitucionalismo Medieval”. *Derecho Constitucional*. Cuarta Edición. México: Editorial Porrúa, 1999. Págs. 58-60.

¹⁵ Aurelio García. *Historia de las doctrinas e instituciones políticas*. Quito: Editorial Universitaria, 1965. Págs. 197-201.

Estas teorías dieron paso a que se desarrollen en Francia las reformas y modificaciones al sistema opresivo de gobierno de Luis XV, gracias a que el Barón de Montesquieu permaneció un tiempo en tierras inglesas y tuvo la oportunidad de comparar el sistema francés con el constitucionalismo de Jorge II¹⁶. El gran aporte de Montesquieu fueron las ideas políticas de orden constitucional como: la libertad individual, separación de los poderes gubernamentales y control y equilibrio de poderes. Esto tuvo gran influencia en el desarrollo de la Carta Constitucional de los Estados Unidos de Norteamérica entre 1783 y 1789¹⁷.

Posteriormente, se consolidan las tendencias revolucionarias y democráticas, con la obra “El contrato social o principios de derecho político” de Jean Jacques Rousseau. De manera resumida, su libro plantea que únicamente en una sociedad establecida libremente a través de un pacto voluntario, celebrado por hombres que disfruten de la libertad en estado primitivo de naturaleza y en la que el individuo se identifica plenamente con la voluntad general, puede existir una administración legítima y segura, donde se concilie la justicia y la utilidad estatal¹⁸. Lo que vendría después a identificarse como el “pueblo”, una unión de hombres libres identificados entre sí que proclaman el “bien común”, y que frente a ello, el gobierno tiene un “justo fin”. El Estado viene a ser el organismo con conciencia pública y voluntad general. Así busca que exista una reconciliación entre la libertad de los ciudadanos y la autoridad¹⁹. Se da la Revolución Francesa en 1789 y se proclaman las ideas de Rousseau y la igualdad del hombre, la soberanía del pueblo y la rectitud de la voluntad general se convierten en parte de las relaciones políticas, sociales y jurídicas tanto en Francia, como en Estados Unidos e Inglaterra.

En Francia, la Asamblea Nacional adopta la Declaración de los derechos y deberes del Hombre y la incorpora a la Constitución de 1791. Fue la declaración de derechos fundamentales más importante hasta la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 1948. Los derechos reconocidos fueron los siguientes:

¹⁶ Id. Págs. 199-201.

¹⁷ *Ibíd.*

¹⁸ Jean-Jacques Rousseau. *El contrato social o Principios de derecho político*. Traductora María José Villaverde. Cuarta edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

¹⁹ Op. Cit. García, Aurelio. *Doctrinas e instituciones políticas*. Véase cita 15. Págs. 202 - 203.

Art. 1. Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales no pueden ser fundadas sino sobre la utilidad común.

Art. 2. El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Esos derechos son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión [...].²⁰

Junto con estas ideas revolucionarias liberales se reúne una Convención en Filadelfia (1787) para la adopción de enmiendas al texto constitucional estadounidense. En 1791, se agregaron las primeras diez enmiendas que consagraron los derechos fundamentales (“Bill of Rights” en inglés)²¹. Estas contemplaban los siguientes derechos:

1. La libertad de expresión, de prensa, derecho de reunión pacífica, derecho de petición;
2. Derecho a tener y portar armas;
3. Protección de la privacidad y correspondencia en contra de registros e interferencias irrazonables, se necesita orden judicial con causa probable y determinación en las cosas, lugares y personas a ser registrados;
4. Alojamiento de soldados en tiempos de paz;
5. Derecho al debido proceso, a ser acusado ante un jurado, derecho a no auto incriminarse, derecho a no ser acusado dos veces por la misma causa, a no ser despojado de sus pertenencias sin justa compensación;
6. Derecho del acusado: a un juicio público y expedito, con un jurado imparcial, de ser informado de los cargos en su contra, de presentar y confrontar testigos y de ser asistido por un abogado defensor.
7. Derecho a un juicio ante jurado en las causas civiles a nivel federal;
8. Derecho en contra de fianzas y multas excesivas, y protección en contra de castigos crueles e inusuales;
9. Los derechos enumerados en la Constitución no pueden ser contruidos de manera que menoscaben o nieguen otros derechos atribuidos a las personas;

²⁰ Op. Cit. Ravinovich-Berkman, Ricardo D., *Recorriendo la Historia del Derecho*. Véase cita 12. Págs. 334 y 335.

²¹ *Ibíd.*

10. Reserva de poderes no delegados y no prohibidos, para los Estados o para las personas.²²

Entonces ¿qué viene a ser una Constitución en este primer momento? Para el iusnaturalismo racionalista, no es más que la concepción clásica de constitución, desde los fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX, una norma que comprendía materialmente el reconocimiento del contenido mínimo de libertad del ser humano y la limitación del poder en cuanto contraría la voluntad general. Formalmente, la división de poderes estatales y el control entre los mismos, pero no es una Constitución de aplicación directa que justifique un activismo judicial, no se podía invocar como norma reguladora de un conflicto social, es decir tiene un carácter más político que jurídico²³.

En el Ecuador, llega en 1812 la primera influencia francesa con la Constitución de Quito, la misma que aún reconocía la monarquía española y la religión católica como única, así como también la división de clases, en el preámbulo se declara la voluntad de la conservación de los derechos del hombre por medio de una autoridad política y en sus articulados la elección libre de los pueblos, la representación por medio del congreso, la división de los poderes entre el ejecutivo, legislativo y judicial y el rechazo al fraude electoral con la ley *Julia Ambitus* del derecho romano. El Gobierno del Estado asegura en el Art. 20 que los derechos de los habitantes son inviolables: la religión, sus propiedades, libertad natural y civil, derecho a exponer sentimientos, por escrito o de palabra, de levantar quejas y la prohibición de perseguir a los miembros de la Representación Nacional por las opiniones y dictámenes que se haya expuesto durante el tiempo de su representación²⁴.

Para resumir, en el liberalismo revolucionario el Estado no debe intervenir en la vida privada ni en los derechos inherentes al individuo mientras este no afecte los derechos de los otros. El Estado debe asegurar “la vida, la libertad, los intereses de los ciudadanos sin

²² Legal Information Institute. Cornell University Law School. “Bill of Rights”. *U.S. Constitution*. Sin fecha de publicación. Fecha de acceso 04 de marzo del 2013. < <http://www.law.cornell.edu/constitution/billofrights>>.

²³ Antonio-Carlos Pereira Menaut. *¿Qué es la Constitución?. Teoría Constitucional y otros escritos*. LexisNexis. Segunda edición chilena. Sin fecha de publicación. Págs. 1-15.

²⁴ *Constitución Quiteña* del 15 de febrero de 1812. Corte Nacional de Justicia. Sin fecha de publicación. Fecha de acceso 04 de marzo del 2013. <<http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/constituciones/2%201812a%20quiteña.pdf>>.

intervenir en los asuntos que se estiman de exclusiva competencia individual, particularmente los asuntos internos, como la religión, el arte, la educación, etc.”²⁵.

1.1.3 Reacción conservadora durante el siglo XIX y a principios del siglo XX

Después de la Revolución Francesa y el pensamiento liberal revolucionario como el inicio del proceso constitucional, surgen las reacciones al iusnaturalismo. Es aquí donde comienza en segundo momento del constitucionalismo.

A finales del siglo XVIII sin perjuicio que se otorga legitimidad a la ley escrita en cuanto a que esta persigue la “voluntad general”, es el derecho natural racional el que sigue teniendo gran influencia. Es decir, que aunque el positivismo estuviera cobrando gran fuerza durante este tiempo, el derecho natural aún tenía una fuerza subrogatoria. Aunque se tuviera una visión omnipotente del legislador, existía la conciencia que es imposible establecer leyes que puedan prever todas las posibles situaciones y controversias, entonces para Hobbes, donde las normas escritas no pueden ser contempladas, debe seguirse la ley de la equidad natural²⁶. Es ya a principios del siglo XIX, en la época de las codificaciones, que el derecho natural se convierte en una herramienta para llenar las lagunas del Derecho positivo. Por ejemplo se puede ver el artículo 7 del Código austriaco de 1811 en cual establece que “siempre que el asunto no pueda ser decidido teniendo en cuenta una disposición precisa, o recurriendo a la aplicación analógica, *deberá decidirse según los principios del Derecho natural*”.²⁷

Empieza a surgir a principios del siglo XIX y finales del siglo XVIII una crítica al iusnaturalismo. Se da en primer lugar la “escuela histórica” para culminar en el “positivismo jurídico”. Uno de los filósofos que contribuyó hacia el nuevo modo de entender el Derecho, fue Gustavo Hugo, quien expresa que el Derecho positivo no significa exclusivamente el Derecho creado por el legislador, sino el Derecho establecido por el Estado. Esto es también, el Derecho entre Estados²⁸, lo que vendría a ser un antecedente del derecho internacional.

²⁵ Op. Cit. Aurelio García. *Historia de las doctrinas e instituciones políticas*. Págs. 241-243.

²⁶ Thomas Hobbes. *Del ciudadano*. Citado en Norberto Bobbio. “*El positivismo jurídico*”. Trad. Rafael de Asís y Andrea Greppi. Madrid: Debate, 1998. Pág. 59.

²⁷ Id. Pág 60.

²⁸ Id. Pág. 62.

La primera escuela histórica, Meinecke con *Le origine dello storicismo* critica la concepción la humanidad en abstracto como en el iusnaturalismo, y plantea desde la perspectiva del hombre en su individualidad. Pero su mayor exponente es Carlos Federico von Savigny. Esta doctrina engloba una visión más conservadora que se caracteriza por:

1) *Variedad del hombre en la historia*: No existe el Hombre poseedor de caracteres fundamentales que son iguales e inmutables, sino existen muchos hombres distintos entre sí por la raza, el clima, el período histórico. Para Savigny, el Derecho se desarrolla en la historia conforme varía el tiempo y el espacio.

2) *Sentido irracional de la historia*: en este punto se empata con el romanticismo en cuanto los historicistas critican la visión racionalista del hombre, sino ven al ser humano donde el resorte fundamental es la sin razón, el elemento pasional, el impulso, la pasión y el sentimiento del hombre. Savigny, establece que existe un sentimiento de lo justo y lo injusto que se encuentra en los orígenes de la sociedad, debajo de las creaciones del Estado moderno de Derecho.

3) *El pesimismo*: para Edmund Burke, los ideales revolucionarios pretenden lograr una sociedad mejor, pero él niega esta concepción. Para el filósofo la historia consiste en los conflictos generados por los deseos no controlados, por los vicios que dan paso a las revoluciones y para él, no son más que pretextos para controlar a la masa humana²⁹. En este sentido, Savigny, establece que es necesario conservar los ordenamientos existentes.

4) *Elogio y amor por el pasado y amor por la tradición*: uno de los filósofos que se encargó de admirar a sus antepasados y estudiarlos, fue Justus Möser. Quien plantea que es necesario regresar a lo remoto para encontrar la esencia de una civilización. Burke, desarrolla el concepto de prescripción histórica, así como el ejercicio de hecho de un derecho aún sin titularidad hace conquistar el derecho, así también vale lo que se ha formado a lo largo de la historia y se ha consagrado en el tiempo. Esto se contrapone al pensamiento de los ilustrados ya que encontraban sospechoso aquello

²⁹ Edmund Burke. *Reflexiones sobre la revolución francesa*. Trad. Tierno Galván, Centro de Estudios Constitucionales. extraída de Meinecke, en Norberto Bobbio. *“El positivismo jurídico”*. Trad. Rafael de Asís y Andrea Greppi. Madrid: Debate, 1998. Págs. 64 y 65.

que los hombres admiraran de manera mecánica³⁰. Para Savigny, no se puede imponer un Derecho a una sociedad en la que éste no se ha creado. He ahí la necesidad de revalorizar la producción jurídica proveniente de la costumbre.

El historicismo es el precursor y antecedente del positivismo en cuanto representa una crítica radical al la concepción de derecho en la ilustración de los derechos de los hombres como un derecho universal, inmutable e igualitario. Pero es también el iusnaturalismo racionalista el precursor del iuspositivismo en cuanto a que el legislador reduce en una ley la voluntad general del pueblo, que no es válido si no está hecho valer por el Estado. Entonces se da el movimiento a favor de la codificación como extremo del racionalismo, dado por un sistema de normas. Esto se empieza a esparcir por Europa.

Con la tendencia de las codificaciones, se genera la escuela filosófica. Thibaut, como su mayor representante a mediados del siglo XIX plantea la interpretación lógico-semántica de las leyes. No basta el cómo está formada una ley sino ponerla en relación con el contenido de otras normas, tiene que ser encuadrada sistemáticamente. Dentro de la escuela filosófica, John Austin, se interesa por la jurisprudencia. Se interesa por los principios y distinciones que son comunes a los distintos sistemas de derecho particular y positivo. Con la teoría del derecho de J. Austin se contempla al derecho como es sea bueno o malo antes que el deber ser³¹.

Durante la segunda mitad del siglo XIX se difunde el positivismo jurídico, que tiene las siguientes características:

- 1) El Derecho como hecho y no como valor. Genera en el formalismo jurídico donde los criterios conciernen a la estructura formal y no al contenido. Afirmar la validez de una norma jurídica no implica la afirmación de su contenido.
- 2) Es Derecho lo que está vigente en una sociedad, y lo vigente se hace valer.
- 3) El Derecho proveniente de distintas fuentes del derecho como una relación entre la ley y la costumbre y entre la ley y el derecho judicial.

³⁰ *Ibíd.*

³¹ Rolando Tamayo y Salmorán. *La teoría del Derecho de John Austin*. Biblioteca Jurídica Virtual. Universidad Nacional Autónoma de México. <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2108/31.pdf>>. Págs. 574-579.

- 4) La imperatividad de la norma y el Derecho.
- 5) Teoría de la coherencia y plenitud del ordenamiento jurídico.
- 6) La interpretación stricto sensu del Derecho. Prevalece la actividad del jurista que la actividad creativa del derecho.
- 7) Obediencia absoluta a la ley. (“*La ley es la ley*” – *Gesetz ist Gesetz*)³².

De la teoría del positivismo jurídico, resulta una crítica. Su mayor exponente es el austríaco Hans Kelsen, quien con su obra *Teoría pura del Derecho*, busca separar al derecho de cualquier tipo de influencia moral o ideológica del deber ser. La ciencia pura del derecho es la creación de normas jurídicas que se rigen por el principio de inferencia y el principio de no contradicción. El ordenamiento jurídico se construye por una serie de normas que contienen prescripciones. Un enunciado con una consecuencia. Que tiene como origen un supuesto fáctico que fue plasmado por el legislador en representación de la mayoría. En esta teoría se reemplaza el “deber ser” por el derecho “es”. Las normas tienen una relación lógica entre sí y están dotadas de validez siempre que respondan a la *norma fundante* que vendría a ser la Constitución³³.

Los principios, tanto de la revolución liberal racional y posteriormente del derecho positivo en su máxima expresión, fueron acogidos por los pueblos hasta la terminación de la Primera Guerra Mundial³⁴. Se acogió también la idea de Hegel, que establecía que la soberanía estatal no proviene del contrato social sino deriva directamente de la individualidad del Estado ya que es este el que encarna la voluntad colectiva.³⁵ Para Hegel, el hombre es libre si su actividad se identifica con la del Estado. Entonces empiezan a surgir los Estados totalitarios. En Alemania, Italia y en la Unión Soviética se promulgaron normas que dotaban de legalidad las acciones estatales, sean o no en beneficio de los ciudadanos. Hoy consideradas como inaceptables.

³² Id. Págs 141-143.

³³ Hans Kelsen. *Teoría pura del derecho*. Trad. Roberto J. Vernengo. Universidad Nacional Autónoma de México. 1986. Portal de la Universidad de Valencia. Fecha de acceso: 7 marzo 2013 <<http://www.uv.es/mariaj/textos/kelsen.pdf>>.

³⁴ Carlos Alberto Olano y Hernán Alejandro Olano. *Derecho Constitucional e instituciones políticas*. Tercera Edición. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 2000. Págs. 156-157.

³⁵ *Ibíd.*

1.1.4 El constitucionalismo social y la incorporación de nuevos derechos

En el período entre guerras, surge también el constitucionalismo social, que vendría a ser la tercera época del constitucionalismo, surge con la Constitución de Weimar en 1919 en Alemania que tuvo influencia en Europa y con la Constitución de Querétaro en 1917 en México que tuvo influencia en América³⁶. Esta variación del constitucionalismo se caracterizó por la incorporación de los derechos sociales a los clásicos derechos individuales y la limitación al derecho de propiedad a la “función social”³⁷. Tuvo su origen entre guerras, y estuvo influenciado en parte por las teorías socialistas y comunistas, elaboradas principalmente por Karl Marx y Friedrich Engels.

Para Guido de Ruggiero, la corriente dominante liberal terminaba con una desigualdad, pero a su vez creaba otra³⁸. Sin la intervención estatal solo quedaba la competencia, por lo que degeneró en una contraposición entre las clases económicas y sociales, entonces se tornó en una ventaja para las clases fuertes sobre las débiles. En esta situación, fue la clase trabajadora la que se vio agravada. Es ahí cuando las fuerzas sociales empiezan a tomar fuerza y se crean las asociaciones, los partidos políticos, los sindicatos de trabajadores y el apareamiento de tendencias socialistas. Así se van aumentando el catálogo de derechos fundamentales.

Las ideas de estas tendencias eran: de la voluntad de la clase trabajadora, de la masa campesina, la propiedad de todo el pueblo sobre los medios de producción, de autogestión social, la redistribución de las riquezas, igualdad de condiciones de trabajo, se pretende también, establecer las relaciones armoniosas de convivencia donde las demandas de los hombres responden a las exigencias desarrolladas universalmente. No existe la competencia

³⁶ Diego Valadés. *Estado de Derecho*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH). Sin fecha de publicación. Fecha de acceso 25 de febrero del 2013. <http://www.iidh.ed.cr/comunidades/redelectoral/docs/red_diccionario/estado%20de%20derecho.htm>.

³⁷ Op. Cit. Mario Justo Lopez. *La constitución jurídica*. Págs. 375-376. Véase cita 5.

³⁸ Guido de Ruggiero, en Aurelio García. *Historia de las doctrinas e instituciones políticas*. Quito: Editorial Universitaria, 1965. Págs. 243-245.

entre las clases sino una distribución igualitaria sobre una base de plena comunidad en amistad y fraternidad³⁹.

Estas ideas obtienen victoria con la revolución de 1917 en la Unión Soviética, con el triunfo del proletariado, integrado por obreros, soldados y campesinos. En mundo se divide en dos bloques, el capitalista y el proletario. Por lo que tanto las unas ideas como las otras tuvieron influencia en la redacción de los textos constitucionales posteriores. En el plano internacional, surge en 1919 la Organización Internacional del Trabajo (OIT) como parte del Tratado de Versalles, mismo que dio por terminada la Primera Guerra Mundial. Esta organización fue impulsada para mejorar las condiciones de injusticia y miseria en el trabajo, teniendo en cuenta las consideraciones humanitarias, de seguridad, económicas y políticas dentro del trabajo, así como también buscaba promover la justicia y el alcance de las condiciones dignas de trabajo y el alcance de la paz⁴⁰. En el preámbulo de la Constitución de la OIT se establecía:

1. Considerando que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social;

2. Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones;

3. Considerando que si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países [...] ⁴¹.

Así, se fundó esta organización permanente para proteger los derechos de los trabajadores, relacionados con las condiciones de vida digna. Desde entonces la acción de los órganos de esta entidad se han dirigido a:

³⁹ Op. Cit. Aurelio García. *Historia de las doctrinas e instituciones políticas*. Págs. 273-276.

⁴⁰ La Constitución de la OIT fue elaborada entre enero y abril de 1919 por una Comisión del Trabajo establecida por la Conferencia de la Paz que se reunió por primera vez en París y luego en Versalles. La Comisión estuvo presidida por Samuel Gompers, presidente de la Federación Estadounidense del Trabajo (AFL) [...]. Organización Internacional del Trabajo. *Orígenes e Historia*. Sin fecha de publicación. Fecha de acceso 14 mayo 2013. <<http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang-es/index.htm>>.

⁴¹ *Ibíd.*

la implementación de medidas destinadas a facilitar y agilizar cualquier tipo de regulación que coadyuve a obtener para la persona las mejores condiciones de trabajo; posibilitar en cada uno de los Estados-Miembro de la Organización la forma de unificar criterios y lograr avances sociales en el campo de lo laboral; y obtener la aprobación e incorporación a las legislaciones nacionales, de los proyectos de convención aprobados en tanto estos representan la base de sustentación de sus principios⁴².

Desde el inicio de la organización se dieron avances en materia laboral como la regulación de la jornada de trabajo, a ocho horas diarias y cuarenta y ocho horas semanales, con un día de descanso obligatorio. Esta regulación tuvo su inicio en las actividades de extracción minera, en las canteras y en fábricas textiles de transformación peligrosa de materia, posteriormente se incluyó en el área de construcción de infraestructuras (túneles, puentes, tranvías, etc.) y medios para transporte, así se fue incluyendo en las actividades de acuerdo a las exigencias de la mismas y de los trabajadores⁴³.

1.1.5 Constitucionalismo democrático a principios del siglo XX

Posterior a la pugna entre el capitalismo y el socialismo, surge la democracia constitucional como la cuarta etapa del constitucionalismo, que aparece dentro del Estado democrático de Derecho, donde se pretende conciliar el socialismo y el capitalismo. Para Elías Díaz, el Estado Democrático de Derecho puede ser entendido como un Estado de Justicia. Es un Estado que es legítimo, justo, en función de determinados valores históricos. Esto se viene a institucionalizar en base al imperio de la ley, que es propio de todo Estado de Derecho y la protección de los derechos fundamentales⁴⁴.

Es decir una Constitución que es la norma fundamental, la existencia de leyes aprobadas por el legislativo o un órgano de representación popular que se encuentran subordinadas a la Constitución y el control de constitución de las leyes. Que contemple la existencia de un régimen de división de poderes, la independencia de los poderes del Estado pero con un sistema de control y contrapesos. La presencia del principio de legalidad de la Administración, es decir que se exija a los funcionarios administrativos el apego estricto a la ley preexistente y

⁴² Santiago Barajas Montes de Oca. “La O.I.T y los Derechos Humanos del Trabajador”. *Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. OEA. Volumen I. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos y Unión Europea, 1998. Disponible en <<http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/FixVoll.pdf>>. Pág. 416.

⁴³ Id. Págs. 416-417.

⁴⁴ Op. Cit. Elías Díaz. *Estado de Derecho y Democracia*. Págs. 29-39

su respeto como fundamento de la actuación. Esto también exige al sistema la responsabilidad de la Administración frente a la justicia administrativa. Así como también es propio del Estado de Derecho ofrecer garantías y seguridad jurídica frente a los derechos fundamentales⁴⁵.

En el Ecuador, se vivía durante finales del siglo XIX y principios del siglo XX, una época de inestabilidad política y jurídica. Se prometían libertades pero en realidad no se lograban consolidar, por lo que en 1895 se da la revolución liberal de junio en contra del conservadurismo. Las inquietudes sociales llevan a la reglamentación del concertaje y posteriormente a su abolición. También se elimina la prisión por deudas, se limitan los días y horas de trabajo, se da la emancipación de la mujer casada en el año 1911. En cuanto a lo social, existieron cambios normativos importantes como la instauración del laicismo y el divorcio y la libertad de culto. Pero no es sino hasta 1929 que existen notables méritos con la elaboración de una Carta Política. En la Constitución del 29' se contemplaba la protección de la familia, la regulación de los asuntos laborales, en especial sobre el trabajo de las mujeres y niños, se establecía el descanso obligatorio, se organizó la seguridad social y se intentó superar la lucha de los sectores económicos de la población⁴⁶, que respondía ya a los principios del Estado social de Derecho. Esto sin perjuicio que en la Constitución de 1945 ya se enuncian los principios complementarios del Estado social de Derecho, y se mantuvieron en la de 1946. Así como también el reconocimiento de los derechos civiles y sociales de las personas y su garantía por parte del Estado.

Después de la Segunda Guerra Mundial, comienzan a surgir una serie de textos constitucionales que contienen en gran parte normas sustantivas que “condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos”⁴⁷ y, no se limita únicamente a establecer la división de los poderes públicos y el sometimiento de los mismos a la Constitución. Sino que además comprende un catálogo de derechos fundamentales que se fue aumentando con el paso del tiempo y aumenta, como hemos visto con el cambio del pensamiento filosófico y los diversos episodios históricos. Se reconoce la libertad mínima del

⁴⁵ Op. Cit. Elias Díaz. *Estado de Derecho y Democracia*. Págs. 29-39.

⁴⁶ Dr. José Reig Satorres y Dr. Juan I. Larrea Holguín. *Manual de Historia del Derecho en Ecuador*. 2da Edición. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2000. Págs. 173-285.

⁴⁷ Op. Cit. Miguel Carbonell. *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*. Págs. 24 y 25. Véase cita 7.

hombre en el primer momento, el reconocimiento de los derechos civiles y políticos y la legitimidad de las leyes por autoridad del pueblo, la individualidad del hombre con el conservadurismo, encontramos también surgimiento del constitucionalismo social con el reconocimiento de los derechos sociales, tales como, el derecho a formar organizaciones profesionales, el derecho a la huelga, a la contratación colectiva, equidad en las relaciones jurídicas y económicas, la seguridad social, el derecho al trabajo y su jornada máxima, el derecho al salario, el descanso obligatorio y en México el inicio de las acciones agrarias en áreas rurales. De ahí, el surgimiento de los tribunales laborales y de los derechos prestacionales con cargo al Estado, como la educación, salud y vivienda⁴⁸. Esto conllevará a un nuevo momento del constitucionalismo.

1.1.6 Nuevo derecho constitucional a partir de la Segunda Guerra Mundial

Después de haber analizado los momentos más importantes del constitucionalismo. Se abordará el tema del neoconstitucionalismo. Como se expresó en las líneas introductorias de este capítulo, esta corriente pretende explicar los textos constitucionales que surgen a partir de la Segunda Guerra Mundial, pero en especial a partir de los años 70⁴⁹. Para Carbonell, esta tendencia abarca tres cuestiones fundamentales:

1. Además de la existencia de un texto constitucional que cuenta con un amplio catálogo de derechos fundamentales y que supone los límites del Estado por medio de principios y objetivos, se debe señalar que dentro del catálogo de derechos se han ido recogiendo aquellos reconocidos en el deber ser del liberalismo-revolucionario, en el ser del conservadurismo, los derechos sociales del constitucionalismo social y el presidencialismo y forma electoral del constitucionalismo democrático; también supone que la Constitución define el contenido del bloque de juridicidad, determina el ejercicio de la autoridad pública y la estructura del poder⁵⁰.

En este sentido, la constitución viene a tener tres características: es material, orgánica y procedimental. Es material, en cuanto a que contiene una serie de derechos protegidos y que a su vez, son el fin del Estado. Es orgánica, porque determina cuáles son los órganos que forman

⁴⁸ Op. Cit. Diego Valadés. *Estado de Derecho*. Véase cita 36.

⁴⁹ Op. Cit. Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*. Págs. 24 y 25

⁵⁰ Op. Cit. Ramiro Ávila Santamaría. *Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia*. Véase Cita 3.

parte del Estado y los llamados a cumplir los fines estatales y finalmente, es procedimental porque establece los mecanismos de participación social⁵¹.

2. El desarrollo de la práctica jurisprudencial de los tribunales y de las cortes constitucionales, bajo parámetros interpretativos nuevos más complejos, se requiere de una tarea hermenéutica que se pueda aplicar de manera justificada y razonada a cada caso. Es por esta razón que los jueces tienen un rol fundamental en las soluciones de conflictos sociales.

3. El aporte a la ciencia jurídica también supone ser un eje central en el neoconstitucionalismo. Así, Carbonell en su libro *“Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales”* cita a Luigi Ferrajoli, y concuerda en que la ciencia jurídica puede considerarse como “una meta-garantía en relación con las garantías jurídicas eventualmente inoperantes, ineficaces o carentes, que actúa mediante la verificación y censura externas del derecho inválido o incompleto”⁵².

Existen aportaciones doctrinarias de Ronald Dworkin, Gustavo Zagrebelsky, Robert Alexy, Luis Prieto Sanchís, Luigi Ferrajoli, Luis Roberto Barroso y Carlos Nino, que han sido estudiadas por otros autores. Sus aportaciones, dice Carbonell, han servido no solo para comprender las Constituciones modernas sino también para crearlas y aplicarlas. La teoría de principios y la técnica de ponderación de Robert Alexy han sido aplicadas por la Corte Constitucional Colombiana. Gustavo Zagrebelsky, como magistrado de la Corte Constitucional italiana y tanto los jueces mexicanos de la Corte Suprema y los jueces argentinos también han aplicado los desarrollos de Ferrajoli⁵³.

Paolo Comanducci, de la escuela genovesa hace una división tripartita para evidenciar las diferencias entre el constitucionalismo y el neoconstitucionalismo:

1. El neoconstitucionalismo teórico: es decir como teoría del Derecho representa una alternativa al iuspositivismo tradicional que se caracterizaba por el estatismo, por la producción exagerada de leyes y el formalismo interpretativo. El nuevo

⁵¹ Ibíd.

⁵² Luigi Ferrajoli. *“Derechos y garantías. La ley del más débil”* en Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*. Pág. 28.

⁵³ Op. Cit. Miguel Carbonell. *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*. Pág. 29.

constitucionalismo cuenta con una Constitución invasora, por la positivización de los derechos fundamentales, por la presencia de principios y no solo de reglas, y ciertas particularidades en cuanto a la interpretación constitucional que serán tratadas en el siguiente acápite.

2. El neoconstitucionalismo ideológico: cuando se adopta una Constitución en la que se utiliza el modelo axiológico de la constitución como norma, se considera como una ideología. Tiene la obligación moral de cumplir la Constitución y las leyes deben obedecer a esta. Para Comanducci, parece tener algo en común con el positivismo ideológico⁵⁴. Sólo se obedece al Derecho si tiene un determinado contenido; es decir formada por una serie de valores, principios y derechos fundamentales, ya no solo porque ha sido aceptada por la mayoría. Para Ronald Dworkin, cognitivista, vendría a ser la positivización de la moral crítica. Se justifica porque los valores nacieron antes que el Derecho y se cristalizó dentro del Derecho en la norma de aplicación suprema que es la Constitución⁵⁵.

3. Neoconstitucionalismo metodológico: sostiene la implicación de los sistemas jurídicos constitucionalizados que Riccardo Guastini explica a mayor detalle, se enfatizará más adelante. En esta tesis los principios constitucionales y los derechos fundamentales vinculan al Derecho con la moral. Así se justifica la misma existencia de la norma⁵⁶.

Por otro lado, Juan Antonio García Amado señala que esta doctrina contiene caracteres difusos ya que no existe una obra central y de referencia. Por el contrario, los autores que se han mencionado anteriormente, han hecho sus aportes y lo relevante, de acuerdo al autor, es identificar un denominador común⁵⁷. Para este autor se impulsa un “judicialismo” que

⁵⁴ El *positivismo ideológico* presenta tres formas. 1) *Latissimo sensu*: obediencia al Derecho independiente del contenido, forma y estructura. Obediencia a la autoridad. El objetivo es la *paz social*. 2) *Lato sensu*: la versión decimonónica, obediencia al Derecho independiente de su contenido, pero solo a leyes generales y abstractas a la que se someten los poderes. El objetivo es la igualdad formal. 3) *Stricto sensu*: versión democrática, obediencia al derecho si las leyes han sido aprobadas por la mayoría. Véase en Paolo Comanducci. *Hacia una teoría analítica del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010. Págs. 255-257.

⁵⁵ *Ibíd.*

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ Juan Antonio García Amado. “Dudosas Novedades. Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores”. Trabajo dentro del proyecto de investigación *Teoría del Derecho y proceso. Sobre los fundamentos normativos*

“desdobra las propias constituciones haciendo que los derechos “materializados” y vinculados a valores morales sustanciales imperen absolutamente sobre los derechos constitucionales de tipo político, participativo y procedimental”⁵⁸.

García Amado, atribuye al neoconstitucionalismo, como característica la indefinición. Que se contrapone al positivismo del siglo XX y vuelve al positivismo metafísico. Encuentra diez características definitorias del neoconstitucionalismo y establece que mientras más de estos caracteres cuenten los desarrollos de los autores en mayor grado promoverán el neoconstitucionalismo. Estos vendrían a ser:

1. Componente material-axiológico: la presencia de un texto constitucional contemporáneo, con cláusulas de derechos fundamentales y mecanismos para garantizarlos. Así como también cláusulas de carácter valorativo que es de diferente aplicación y estructura que las reglas.
2. Un eje central determinado en orden de valores, de carácter objetivo.
3. La Constitución fija un orden social necesario, con un grado preestablecido para lograr el modelo prefigurado.
4. El orden debe proporcionar una respuesta aproximada correcta o una posible respuesta para cualquier caso en el que colisionen derechos, principios o valores constitucionales.
5. Debe existir un órgano, jueces y tribunales constitucionales, que vele por la efectiva plasmación de la respuesta o posible respuesta correcta. Ya sea que declare la inconstitucionalidad de normas, que sea la no aplicación al caso, u optando por una resolución en base a la objetividad y precisión, el conflicto de derechos y principios.
6. Establece un orden axiológico en la Constitución, el juez no ejerce discrecionalidad alguna o realiza un análisis donde haya un empate entre principios o derechos concurrentes.
7. El juzgador posee la capacidad para aplicar la ponderación para lograr soluciones con relevancia constitucional.

de la decisión judicial. Universidad de León (España). Financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia de España. Referencia SEJ2007-64496.

⁵⁸ *Ibíd.*

8. Las Cortes Constitucionales se convierten en instancias supremas judiciales de revisión pero pueden excusarse por exceder sus funciones y determinando que los jueces inferiores han respetado el contenido constitucional del derecho.

9. Los fundamentos son metafísicos, se apoyan en una doctrina ética de corte objetivista y cognitivista, en las decisiones se trata de demostrar lo que la constitución axiológica prescribe.

10. Tiene un componente ontológico, existe un orden constitucional por debajo de los enunciados constitucionales; epistemológico, cognitismo de los jueces en lograr soluciones necesarias que se desprenden del orden constitucional; el elitismo como componente en lo político y social, quienes captan este orden son los jueces, puede enmendar el trabajo del legislador.⁵⁹

García Amado, critica la teoría del nuevo constitucionalismo y niega que exista novedad alguna. Establece que ya en 1812 en la Constitución de Cádiz se mencionaban los fines del Estado como el ser justos y benéficos y buscar el bienestar de los individuos en el artículo 6⁶⁰. Señala que la presencia de preceptos axiológicos constitucionales no es nueva, ya en 1889 el Código Civil español reitera la buena fe, así como también la moral teniendo como límites las leyes y las buenas costumbres. Así el positivismo axiológico, responde al iusnaturalismo racional que ya ha sido estudiado en el siglo XVIII. Lo único real es que a mayor indeterminación y mayor presencia de una sociedad pluralista, y la aplicación directa de esta norma dota de mayor discrecionalidad de los juzgadores para precisar sus contenidos⁶¹.

En contraposición, Miguel Carbonell, señala que el neoconstitucionalismo se caracteriza por combinar tres elementos esenciales:

- a) La existencia de un texto constitucional en el sentido orgánico y en el sentido material, que contiene un amplio catálogo de derechos fundamentales;
- b) A raíz de la existencia de un modelo nuevo constitucional, cambia la práctica jurisprudencial de los tribunales y cortes constitucionales bajo métodos

⁵⁹ Ibíd.

⁶⁰ *Constitución de Cádiz*. Artículo 6. “El amor de la Patria es una de las principales obligaciones de todos los españoles y asimismo el ser justos y benéficos”. Aprobada el 19 de marzo de 1812. Congreso de los Diputados. <http://www.congreso.es/docu/constituciones/1812/ce1812_cd.pdf>.

⁶¹ Ibíd.

interpretativos más complejos como la existencia de principios constitucionales, las exigencias de la ponderación, la proporcionalidad, razonabilidad, realización efectiva de los derechos reconocidos, el principio pro homine, etc.

c) La existencia de desarrollos teóricos novedosos sustantivos que tienen impacto también en la práctica jurisprudencial, estos desarrollos crean o explican un fenómeno jurídico. La ciencia jurídica se convierte en una meta-garantía de las garantías jurídicas ineficaces dentro de la legislación⁶².

d) Pero aparte de estos tres elementos, que se combinan y a parecen a la vista en los primeros años del siglo XXI, lo novedoso radica en que el Estado constitucional de derecho se encuentra *en funcionamiento*, es decir que se da una “constitucionalización del ordenamiento jurídico”, tanto en el plano teórico como en la aplicación práctica de la Constitución, y la universalización de los derechos fundamentales. Carbonell coincide en esto con Riccardo Guastini como se expresará más adelante. Debido a la presencia de principios ordenadores y cláusulas abiertas se debe de dotar de sentido concreto a estas normas indeterminadas por medio de una adecuada teoría de la norma jurídica, lo que supone un cambio en la argumentación jurídica. Una argumentación que comprenda conceptos de ponderación, razonabilidad, proporcionalidad, eficacia horizontal de los derechos fundamentales, principio pro-personae, principio de universalidad de los derechos, de coherencia, y la aplicación prevalente de los tratados internacionales, entre otros. Se debe contar con jueces vigilantes preparados para maximizar el contenido normativo de los derechos reconocidos (activismo judicial)⁶³.

Una visión un poco más conciliadora, resulta la de Pablo M. Perot y Jorge L. Rodríguez, quienes exponen que puede no ser actual pero “acapara los titulares de los diarios”. Esto llama la atención de los filósofos del derecho contemporáneo y obliga a refinar el análisis del derecho, así como a repensar la relación entre el derecho y la moral, llama a justificar la

⁶² Op. Cit. Miguel Carbonell. *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*. Págs. 24-29.

⁶³ Id. Págs. 41-90.

normativa práctica, en cuanto a la dinámica y estructura de las democracias constitucionales que operan en función de los derechos fundamentales y el control de constitucionalidad⁶⁴.

Para Riccardo Guastini, no se trata únicamente del positivismo axiológico que ha existido en otras épocas, como en el desarrollo de la Constitución de Weimar en 1919 y la de México en 1917, ni del activismo judicial que se observa en otros países con países de tradiciones parecidas a las del constitucionalismo contemporáneo, sino de ver la combinación de tres elementos: texto constitucional, activismo judicial y desarrollo teórico. Como señala Carbonell, se centra en la existencia de estos elementos más el efectivo funcionamiento del estado constitucional de derecho. En los últimos 50 años se puede observar que ha habido un fenómeno de “constitucionalización del ordenamiento jurídico” a lo que también se refiere Comanducci y Guastini. Para Guastini es un proceso de transformación del ordenamiento que se encuentra *impregnado* por las normas constitucionales. Es una constitución que condiciona la legislación, la jurisprudencia, el estilo doctrinal, la actuación política y las relaciones sociales⁶⁵, de ahí que se la denomine como invasora.

Este proceso de constitucionalización se va dando conforme cada ordenamiento vaya recogiendo las siguientes características:

1. Una Constitución rígida: en cuanto existan principios que no puedan ser modificados ni aún por el procedimiento de revisión judicial, el aporte del filósofo norteamericano Ronald Dworkin. Frente a eso no quiere decir que no pueden ser desarrollados o interpretados. Mientras más rígida sea una Constitución en este aspecto, se habla de una mayor constitucionalización del ordenamiento jurídico. A partir de los años cincuenta, después de la Segunda Guerra Mundial la Constitución se transforma en un “depósito de los valores que la comunidad política reconoce sobre sí misma”⁶⁶, y añadido, ha ido reconociendo

⁶⁴ Claudina Orunesu, Pablo M. Perot y Jorge L. Rodríguez. “Dinámica e interpretación de los sistemas constitucionales”. *Estudios sobre la interpretación y dinámica de los sistemas constitucionales*. México: Fontamara S.A., 2009. Págs. 13-16.

⁶⁵ Ricardo Guastini. *Estudios de Teoría Constitucional* en. Miguel Carbonell. *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*. Op. Cit. Págs. 30 y 31.

⁶⁶ Antonio-Carlos Pereira Menaut. *¿Qué es la Constitución? Teoría Constitucional y otros escritos*. LexisNexis. Segunda edición chilena. Sin fecha de publicación.

progresivamente, a través de los años. Con el pasar del tiempo se da lugar al activismo judicial y a la creación de jurisprudencia de valores, que cambia el razonamiento judicial⁶⁷.

2. La presencia de garantías jurisdiccionales que permitan realizar un control de constitucionalidad. En la Constitución ecuatoriana encontramos una serie de acciones constitucionales para garantizar la protección de los derechos establecidos en la Constitución⁶⁸, de manera que son los jueces constitucionales los llamados a realizar el análisis en derecho para determinar si ha habido o no una violación a un derecho constitucional o una amenaza de violación. Por otro lado, existe también por primera vez un órgano que tiene competencia para la interpretar la Constitución. De acuerdo al artículo 436, la Corte Constitucional es el máximo órgano de control constitucional, de interpretación y de justicia constitucional quien debe resolver el conflicto entre las normas de distinta jerarquía y resolver acciones constitucionales sobre las que tiene competencia.

3. La fuerza vinculante de la Constitución. Todas las normas son aplicables y obligan a sus destinatarios. El proceso de constitucionalización supone dar contenido normativo a todas las disposiciones contempladas en el texto constitucional. Depende de la redacción de la norma y los alcances interpretativos que haya dado la jurisdicción constitucional.

La Constitución ecuatoriana, establece en el artículo 424 la Constitución es norma suprema y prevalece sobre cualquier otra, todas las normas o actos del poder público que la contraríen, carecen de eficacia jurídica. Es la primera norma de aplicación dentro del orden jerárquico normativo, seguida de los tratados y convenios internacionales. En materia de derechos humanos, tanto la Constitución como las normas contenidas en instrumentos internacionales de derechos humanos son de directa aplicación, por lo que se encontrarían en el mismo nivel. El artículo 426 establece que los jueces, los funcionarios administrativos y los servidores públicos aplicarán directamente las disposiciones constitucionales y las de los instrumentos internacionales de derechos humanos, siempre que sean más favorables que la

⁶⁷ *Ibíd.*

⁶⁸ *Constitución de la República del Ecuador*. Artículos 86-94. Registro Oficial No. 440 de 20 de octubre del 2008.

Constitución aunque las partes no los invoquen⁶⁹. Se reconoce en este articulado el principio *pro homine*⁷⁰. Así como también, se busca constitucionalizar el principio de *self executing* de las normas de tratados internacionales, es decir que son ejecutables por sí mismas sin la necesidad de adecuación normativa⁷¹.

En cuanto al alcance interpretativo, el artículo 427 de la Carta Constitucional establece que en primer lugar las normas constitucionales se interpretarán:

Por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional⁷².

4. La “sobreinterpretación” de la Constitución, se produce cuando existen intérpretes de las disposiciones constitucionales tanto quienes ejercen jurisdicción constitucional como los jueces ordinarios, así como también los demás funcionarios de los órganos del Estado y los juristas⁷³. Esta “sobreinterpretación”, no deja libre de control de legitimidad constitucional a ninguna rama del derecho.

5. En la Constitución ecuatoriana, son competentes para conocer garantías jurisdiccionales los jueces del lugar donde se originó el acto u omisión, o donde se producen sus efectos⁷⁴. Así, los jueces de instancia se convierten en jueces constitucionales para resolver sobre garantías jurisdiccionales, llevando a una especie de interpretación constitucional, sobre la posible vulneración o no de un derecho. Adicionalmente, el artículo 426 establece que los jueces y juezas, por las autoridades administrativas y por los servidores públicos deberán aplicar directamente las disposiciones constitucionales y las normas de instrumentos

⁶⁹ Id. Artículos 425 y 426.

⁷⁰ Jaime Vintimilla Saldaña. “La justicia constitucional ecuatoriana en la Constitución de 2008”. *IURIS DICTIO*. Revista del Colegio de Jurisprudencia. Universidad San Francisco de Quito. Director: Fabián Corral Burbano de Lara. Editor: Diego Pérez Ordoñez. Edición Año X, N°. 12. Quito: Ediciones Abya Yala, octubre 2009. Págs. 41 y 42.

⁷¹ *Ibíd.*

⁷² *Constitución de la República del Ecuador*. Artículos 86-94 y 427. Registro Oficial No. 449. 20 de octubre del 2008.

⁷³ Peter Häberle en. Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*. Op. Cit. Pág 33.

⁷⁴ *Constitución de la República del Ecuador*. Artículo. 86 numeral 2. Registro Oficial No. 449. 20 de octubre del 2008

internacionales de derechos humanos, siempre que fueren más favorables (*pro homine* y *self executing*). Por lo que obliga al juez a interpretar de cierta forma la norma fundamental, sin que esto quiera decir que invada las competencias de un control constitucional concentrado. Por otro lado, todas las sentencias ejecutoriadas en garantías jurisdiccionales deben ser remitidas a la Corte Constitucional para el desarrollo de jurisprudencia⁷⁵.

6. Aplicación directa de la Constitución: en cuanto a que rige también las relaciones entre particulares y puede ser previsto por éstos y que los jueces pueden aplicar normas programáticas o de principios. Encontramos tanto en el artículo 425 como en el 426 de la Constitución, la aplicación directa de este cuerpo normativo. En este punto se debe mencionar también el artículo 11 numeral tercero de la Constitución ecuatoriana, establece los principios de ejercicio de los derechos, el cual establece que los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos, son de directa e inmediata aplicación. En el mismo numeral se consagra “los derechos serán plenamente justiciables”.

También, se menciona en el numeral primero de este artículo que los derechos podrán ser promovidos de manera individual o conjunta ante las autoridades. También el artículo 83 establece cuáles son los deberes de los ciudadanos, entre ellos: respetar la Constitución y las leyes, respetar los derechos humanos y luchar por su cumplimiento, colaborar con el mantenimiento de la paz y seguridad, respetar los derechos de la naturaleza, entre otros⁷⁶.

⁷⁵ Id. Artículo 86 numeral 5.

⁷⁶ *Constitución de la República del Ecuador*. Artículo. 83. “Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: 1. Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente. 2. Ama killa, ama llulla, ama shwa. No ser ocioso, no mentir, no robar. 3. Defender la integridad territorial del Ecuador y sus recursos naturales. 4. Colaborar en el mantenimiento de la paz y de la seguridad. 5. Respetar los derechos humanos y luchar por su cumplimiento. 6. Respetar los derechos de la naturaleza, preservar un ambiente sano y utilizar los recursos naturales de modo racional, sustentable y sostenible. 7. Promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular, conforme al buen vivir. 8. Administrar honradamente y con apego irrestricto a la ley el patrimonio público, y denunciar y combatir los actos de corrupción. 9. Practicar la justicia y la solidaridad en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de bienes y servicios. 10. Promover la unidad y la igualdad en la diversidad y en las relaciones interculturales. 11. Asumir las funciones públicas como un servicio a la colectividad y rendir cuentas a la sociedad y a la autoridad, de acuerdo con la ley. 12. Ejercer la profesión u oficio con sujeción a la ética. 13. Conservar el patrimonio cultural y natural del país, y cuidar y mantener los bienes públicos. 14. Respetar y reconocer las diferencias étnicas, nacionales, sociales, generacionales, de género, y la orientación e identidad sexual. 15. Cooperar con el Estado y la comunidad en la seguridad social, y pagar los tributos establecidos por la ley. 16. Asistir, alimentar, educar y cuidar a las hijas e hijos. Este deber es corresponsabilidad de madres y padres en igual proporción, y corresponderá también a las hijas e hijos cuando las

7. Interpretación conforme de las leyes: es decir aplicación de la norma más favorable para cumplir con la Constitución.

8. El control del ejercicio de los poderes públicos mediante la aplicación de la Constitución, para ello supone que sea esta norma la que ofrezca una solución al conflicto para que sea aplicada por el órgano jurisdiccional, que sea una herramienta para la legitimación del accionar político, y que el ámbito de las políticas públicas esté sujeto a las disposiciones constitucionales y a la lógica de los derechos fundamentales⁷⁷.

La Constitución de la República del Ecuador legitima el accionar político, desde la distribución de competencias en cuanto al poder legislativo y reserva de ley en el Art. 132. También el Art. 88 permite dirigir una acción de protección constitucional contra políticas públicas que menoscaben los derechos constitucionales. El artículo 426 obliga a los servidores públicos y autoridades administrativas a aplicar la Constitución. Visto del otro lado, no es permitido desconocer el contenido de una norma constitucional para la construcción de las políticas públicas.

Una vez que se tiene una idea sobre lo que implica el neoconstitucionalismo, es importante recalcar que uno de los pilares fundamentales es el activismo judicial. Dado que existen principios que por su naturaleza son indeterminados, se debe dar un proceso de concretización constitucional, es decir de dar sentido concreto a las provisiones abiertas de la Constitución y dotar de contenido jurídico, propiamente⁷⁸. Esto no significa que un juez debe aplicar su criterio sesgado en relación a un caso, sino de estudiar la norma constitucional y maximizarla racionalmente. En la democracia constitucional se “debe contar con jueces vigilantes” y “jueces que estén dispuestos y bien preparados para llevar las normas que prevén tales derechos hasta sus últimas consecuencias, maximizando su contenido normativo”⁷⁹. Los

madres y padres lo necesiten. 17. Participar en la vida política, cívica y comunitaria del país, de manera honesta y transparente”. Registro Oficial No. 449. 20 de octubre del 2008.

⁷⁷ Ricardo Guastini. *Estudios de teoría constitucional*. En Carbonell. *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*. Op. Cit. Págs. 36-37.

⁷⁸ Op. Cit. Carbonell. *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*. Págs. 81 – 86.

⁷⁹ Id. Pág. 85.

jueces activistas están listos para decirle “no” a las disposiciones y acciones gubernamentales en donde se observe una violación a las disposiciones constitucionales⁸⁰.

El activismo judicial para Carbonell, no es únicamente una situación parte del neoconstitucionalismo, sino es un desafío de esta tendencia. Un desafío que requiere de un activismo social, que los grupos sociales promuevan la maximización de los derechos vulnerados, de esta forma se da también una democratización del activismo judicial⁸¹.

Se tiene que tener en cuenta que no es un activismo arbitrario, sino que tiene que basarse en parámetros procedimentales y sustanciales aceptados. Los filósofos y teóricos del nuevo derecho constitucional, han desarrollado ciertas técnicas aceptadas mediante las cuales se obtiene una solución que sea mayormente correcta entre las posibles. Para ello se va a dilucidar en la siguiente parte, las técnicas y criterios aceptados dentro de la interpretación constitucional.

1.2 Técnicas de interpretación constitucional en el nuevo constitucionalismo

1.2.1 Conceptos generales

Se ha observado que existen autores que afirman la existencia de un nuevo derecho constitucional y otros que desconocen su novedad. Sin embargo y por razones prácticas, el hecho que la Corte Constitucional ecuatoriana como órgano máximo de interpretación constitucional ha seguido la línea doctrinal de quienes afirman el neoconstitucionalismo, tomaré una posición conciliadora con los filósofos contemporáneos quienes han aportado técnicas de interpretación constitucional, ya sea que acepten al “nuevo constitucionalismo” como parte derecho positivo (como para Guastini y Comanducci) o considere propiamente como un nuevo constitucionalismo que contiene una nueva “práctica interpretativa” autoritativa, valorativa, y correctiva (Ferrajoli, Dworkin, Alexy, Zagrebelsky)⁸². Las técnicas desarrolladas por los autores de la segunda apreciación mencionada, han sido aplicadas ya por

⁸⁰ Henry J. Abraham. “Judicial Activism and Judicial Restraint”. *The Judiciary. The Supreme Court in the Governmental Process*. Tenth Edition. New York and London: New York University Press, 1996. Págs. 88-93.

⁸¹ Op. Cit. Carbonell. *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*. Pág 85.

⁸² Manuel Atienza. *Argumentación y Constitución*. Departamento de Fundamentos del Derecho y Derecho Penal. Área de Filosofía del Derecho. Universidad de Alcalá. Sin fecha de publicación. Fecha de acceso: 28 mayo 2013. Disponible en: <http://www2.uah.es/filder/manuel_atienza.pdf>. Págs. 1-11.

cortes vecinas como la Corte Constitucional colombiana que en los últimos años ha aportado en gran medida al desarrollo jurisprudencial así como también por las cortes mexicanas y las cortes argentinas. Actualmente, no sería una excepción, que los jueces ecuatorianos las apliquen. Por el contrario, siendo seguidores de esta corriente como lo ha expresado la Corte Constitucional ecuatoriana se debería actuar de manera razonada en base a las técnicas aceptadas con el fin de evitar la arbitrariedad.

Para definir las técnicas de interpretación, es necesario determinar el significado del concepto “interpretación”. Con esta palabra se hace referencia a la “atribución de un significado a un texto normativo, o bien la calificación jurídica de un supuesto de hecho concreto que da paso a una solución”⁸³. Existen dos actividades de interpretación:

- a) Interpretación en abstracto: que consiste en determinar cuál es el contenido de la norma y se encuentra, después de un análisis lógico, implícito en la norma.
- b) Interpretación en concreto: consiste en subsumir un supuesto de hecho en concreto dentro del campo de aplicación que se identificó por medio de la interpretación en abstracto⁸⁴.

Para Guastini, el concepto de interpretación contiene dos ambigüedades. En primer lugar, la doble indeterminación del Derecho. La primera indeterminación es en cuanto al propio sistema jurídico, que contempla normas de carácter ambiguo. Que un enunciado expresa dos normas alternativamente, o tiene un contenido complejo, que hay muchos enunciados normativos o tienen una norma implícita que podrían a ser los principios generales del derecho. Es importante mencionar que para el autor, la interpretación no depende únicamente de la forma en la que esté redactada, sino que también está sujeta a una serie de defectos subjetivos que vienen condicionados con el intérprete; de acuerdo al examen que se haga a la norma en base a los diferentes métodos interpretativos, puede expresar significados diversos y

⁸³ Riccardo Guastini. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Publicado 2007. Trad. Miguel Carbonell y Pedro Salazar. Segunda edición. Instituto de investigaciones jurídicas-UNAM. Madrid: Editorial Trotta, 2010. Págs. 29 y 30.

⁸⁴ Cfr. Ibíd.

también el hecho que existe un análisis dogmático anterior que se ha dado a la norma por los juristas.

La segunda indeterminación de la interpretación es la vaguedad de toda norma. Existe el supuesto de hecho expresado, sin embargo, el hecho a adecuarse podrá ser uno que claramente recae en el campo de aplicación, o que simplemente no recae, pero también existen los *hard cases* que son dudosos. El texto abierto es parte del lenguaje jurídico como de los predicados en sentido lógico, como el utilizar palabras genéricas para identificar a un “algo” o “alguien”.

La segunda ambigüedad de la interpretación del Derecho es que con el concepto “interpretación” se hace referencia a actos de distinta índole:

- a) Como un acto de conocimiento: *interpretación cognitiva*, dotar de diversos significados posibles a la norma en base a las reglas del lenguaje, doctrina, entre otras.
- b) Como un acto de decisión: *interpretación decisoria*, la identificación de los significados identificados o identificables por medio de la interpretación cognitiva, donde se descartan los demás posibles significados.
- c) Como un acto de creación: *interpretación creativa*, se atribuye un nuevo significado o recabar un texto hasta encontrar la norma implícita por medio de procesos lógicos no deductivos, como la analogía o también por medio de procesos deductivos como definiciones doctrinales⁸⁵.

Para Guastini, se pueden utilizar las mismas técnicas de interpretación constitucional para la aplicación de leyes porque en primer lugar, ninguna Constitución regula por entero la materia constitucional sino por leyes orgánicas u ordinarias. Los textos constitucionales proclaman principios y valores, pero esto no es exclusivo de la Constitución, sino también están contenidos en leyes inferiores. Porque tanto la Constitución y las leyes están hechas para perdurar en el tiempo, requiere de una interpretación evolutiva. Pero es función de la revisión constitucional no tanto de la interpretación el cambio de circunstancias para la aplicación de una norma constitucional⁸⁶.

⁸⁵ Cfr. Id. Págs. 34-37.

⁸⁶ Id. Págs. 54-59.

Para enfocar el análisis a las técnicas de interpretación, se va a identificar cuáles son aquellas que están establecidas en la Constitución y en la ley ecuatoriana de mayor aplicación en este campo “Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional”⁸⁷.

En cuanto a los principios de aplicación de los derechos, el numeral quinto el artículo 11 de la Constitución de la República, establece que: “en materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan a su efectiva vigencia”⁸⁸. Así también, el numeral 6 del mismo artículo establece que” todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”.

El artículo 427 de la Constitución establece que:

Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional⁸⁹.

Entonces por medio de estos artículos, los legisladores de la Constitución ecuatoriana han pretendido dirigir la actividad judicial, en primer lugar hacia la aplicación de la norma en su tenor literal y la interpretación de la Constitución en el sentido que se aplique la norma o se la interprete de la manera que más favorezca la efectiva vigencia de los derechos consagrados en la Carta Constitucional y en los instrumentos de tratados internacionales. Para ello deberá interpretar:

1) Al tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad: esta técnica consiste en darle al enunciado de la norma un significado inmediato. Es decir a las reglas semánticas y sintácticas de la lengua empleada en la redacción⁹⁰. Dentro de esta técnica hay dos tipos diferentes:

⁸⁷ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22 de octubre de 2009.

⁸⁸ *Constitución de la República del Ecuador*. Artículo 11. Registro Oficial 449 del 20 de octubre del 2008.

⁸⁹ Id. Artículo. 427.

⁹⁰ Op. Cit. Riccardo Guastini. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Pág. 70.

a. Consiste en utilizar las reglas lingüísticas de manera original, es decir cuando el texto fue emitido.

b. Se utiliza la literalidad pero empleada en el momento en el que se utiliza. Que vendría a ser una interpretación más evolutiva (que se aplica al momento actual) o más dinámica. Esta forma se la utiliza en textos antiguos o en conceptos abiertos.

La Corte Constitucional ecuatoriana ha establecido que una interpretación se da cuando existan normas previstas en la Constitución o en los instrumentos de derecho humanos que:

Pudieren ser oscuras, inteligibles, contradictorias, dudosas o que contengan vacíos que impidan su objetiva aplicación. En ese orden de ideas, para interpretar lo requerido resulta necesario sujetar las argumentaciones de esta Corte al contenido del artículo 427 de la Constitución [...] ⁹¹.

Entonces si la norma es sumamente clara para que no quede duda sobre su aplicación, o como lo expresado por la Corte en la sentencia mencionada, la norma no resulta ser vaga o ambigua se procederá con la interpretación literal. Para la interpretación literal, la Corte estableció:

Será descifrado a partir de la utilización de los métodos exegéticos (literal) y de interpretación sistemática de la Constitución. Este último involucrará necesariamente la aplicación directa y respeto de los preceptos previstos en los Instrumentos Internacionales ratificados por el Ecuador ⁹².

Sin embargo el tener la redacción del texto Constitucional “que más se ajuste a la integralidad de la Constitución”, obliga necesariamente a observar otras normas contenidas en la Carta. Por esta razón la Corte ha establecido en la sentencia a la que se ha hecho referencia que se interpretará también con el método sistemático:

Es que los preceptos previstos en la Carta Fundamental, reglas, valores y principios, deben ser interpretados en su conjunto precisamente para evitar privar de eficacia a otras tantas disposiciones constitucionales que pudieran hacer alusión a la misma materia ⁹³.

⁹¹ Corte Constitucional de Ecuador. *Sentencia interpretativa No. 0006-09-SIC-CC*. Caso No. 0012-08-IC. Registro Oficial Suplemento 43 de 8 de Octubre del 2009.

⁹² *Ibíd.*

⁹³ *Ibíd.*

Como se puede observar en el párrafo citado anterior, la Corte consideró la aplicación directa y el respeto a los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador, entonces de acuerdo a la interpretación dada por la Corte, en la medida en la que exista una duda se deberá acudir a estos con el fin de favorecer los derechos contemplados en los mismos o a otras técnicas de interpretación.

2) La voluntad del constituyente: este tipo de interpretación quiere decir buscar cuál fue la intención del legislador en momento de incorporar la norma en la Carta Constitucional. En este sentido, se habla de la intención subjetiva, en cuanto se identifica con los trabajos preparatorios a la redacción. Se puede acudir a esta técnica, para descartar otra interpretación, como la literal. Es decir en un sentido negativo. También se puede utilizar para llenar un vacío⁹⁴.

3) En la última parte del artículo 427 de la Constitución se refiere a los demás principios generales de la interpretación constitucional. En concordancia con esta norma encontramos el artículo tres de la Ley Orgánica de Garantías jurisdiccionales y Control Constitucional⁹⁵.

El artículo mencionado establece los demás métodos y reglas de interpretación constitucional. Me permitiré hacer una transcripción textual del mismo:

[...] Art. 3.- Métodos y reglas de interpretación constitucional.- Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente.

Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos:

1. Reglas de solución de antinomias.- Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior.

2. Principio de proporcionalidad.- Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se

⁹⁴ Op. Cit. Riccardo Guastini. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Pág. 70.

⁹⁵ Op. Cit. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Publicada en el Registro Oficial Suplemento 52. Con fecha 22 de octubre del 2009.

aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional.

3. Ponderación.- Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

4. Interpretación evolutiva o dinámica.- Las normas se entenderán a partir de las cambiantes situaciones que ellas regulan, con el objeto de no hacerlas inoperantes o ineficientes o de tornarlas contrarias a otras reglas o principios constitucionales.

5. Interpretación sistemática.- Las normas jurídicas deberán ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía.

6. Interpretación teleológica.- Las normas jurídicas se entenderán a partir de los fines que persigue el texto normativo.

7. Interpretación literal.- Cuando el sentido de la norma es claro, se atenderá su tenor literal, sin perjuicio de que, para lograr un resultado justo en el caso, se puedan utilizar otros métodos de interpretación.

8. Otros métodos de interpretación.- La interpretación de las normas jurídicas, cuando fuere necesario, se realizará atendiendo los principios generales del derecho y la equidad, así como los principios de unidad, concordancia práctica, eficacia integradora, fuerza normativa y adaptación⁹⁶.

Una vez mencionadas las reglas y técnicas de interpretación constitucional, me enfocaré únicamente en la técnica de la ponderación ya que es la cual utilizaré al final de esta investigación para la verificación de la hipótesis planteada.

1.2.2 Técnica de ponderación o la ley de los principios (colisión de principios)

Esta técnica tiene lugar cuando un conflicto no se puede solucionar mediante una solución de reglas, es decir que una circunstancia constituye un supuesto de hecho y tiene una consecuencia, por otro lado existe otra regla que contiene una excepción, al condicionar la aplicación, se obtiene una solución correcta⁹⁷. Sin embargo la colisión entre principios no se

⁹⁶ Id. Artículo 3.

⁹⁷ Robert Alexy. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. Págs. 100-102.

aleja del todo, esto significa decidir por medio de una regla teniendo en cuenta que existe un principio que juega en sentido contrario.

La teoría de los principios supone también el principio de proporcionalidad⁹⁸. Esto quiere decir que quien debate la teoría de los principios debe debatir también el principio de proporcionalidad con los tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto. Esto se debe a que los principios son mandatos de optimización, es decir que se exigen en la máxima realización posible, con las posibilidades existentes tanto fácticas como jurídicas⁹⁹.

Es importante revisar el principio de proporcionalidad:

1) Las *posibilidades fácticas* conducen a los subprincipios de idoneidad y necesidad. Es decir que si se adopta una medida, que significa una interferencia en un derecho para favorecer otro derecho, pero no es idónea para hacerlo, pues se puede no adoptarla. Desde el punto de vista de la optimización de los principios exige que esa medida no se adopte. En cuanto a la necesidad, supone que una medida no debe ser aplicada, si existe una medida alternativa que favorece el mismo principio que se favorecería con la primera medida y constituye una interferencia menos intensa en el principio interferido¹⁰⁰. A esto, Gustavo Zagrebelsky lo ha denominado el posibilismo en el derecho actual constitucional.

2) Las *posibilidades jurídicas* conducen al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. En este punto es para Alexy, donde propiamente se aplica la técnica de la ponderación. Cuando un principio solo puede cumplirse a costa del otro. Es decir que el cumplimiento del uno significa necesariamente el incumplimiento del otro. Aquí se debe analizar el hecho que el principio posee la razón en la que se fundamente la decisión.

⁹⁸ Ibíd.

⁹⁹ Ibíd.

¹⁰⁰ Ibíd.

La teoría de la ponderación establece que debe atribuirse a un principio una gravedad de afectación. Entonces para intervenir se debe justificar que las razones de la intervención “deben pesar tanto más, cuanto más intensa sea la intervención”¹⁰¹. Es decir que el rol fundamental de la ponderación es la catalogación y gradualidad de afectación que le otorga el juez para justificar una intervención en el principio.

En el caso específico que se pretende analizar en este trabajo, tenemos por un lado una norma-regla de tipo penal, el delito de injurias en el Ecuador. Es decir una norma que establece un criterio sobre la acción de una persona, en el sentido que si el hecho se adecúa en el supuesto de la norma, conlleva una consecuencia¹⁰², en este caso de pena privativa de libertad. Por otro lado, existe el derecho a la libertad de expresión que al ser un derecho protegido en la Constitución, es una norma-principio¹⁰³. Los principios son conceptos jurídicos indeterminados que por sí solos, es decir *a priori*, no proporcionan criterios de conducta pero sirven para hacerlos reaccionar en casos concretos, sirven para tomar posición, para generar actitudes favorables o contrarias, para apoyo o disenso, en general para tomar decisiones¹⁰⁴.

En el constitucionalismo actual, no basta la técnica de subsunción de las normas-reglas cuando existe un principio que juega en oposición. Al ser un derecho que abarca tanto reglas como principios, no se los puede hacer caso omiso. Al contrario, el derecho constitucional busca salvaguardar varios principios dentro de una unidad heterogénea, en el sentido que el contenido absoluto es la pluralidad de valores y principios, por lo que deben ser analizados entre sí, y tener concordancia práctica como lo denomina Zagrebelsky, para que se hagan dúctiles. La existencia de principios jurídicos no es nueva en el derecho, pero indudablemente en el ámbito de argumentación constitucional ha cobrado gran importancia y resulta razonable y de carácter obligatorio invocarlos cuando una norma-regla contraría se enfrenta con norma-principio de la Constitución y se obtienen decisiones judiciales injustas y sin apego al derecho

¹⁰¹ Id. Pág. 130.

¹⁰² Gustavo Zagrebelsky. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Tercera Edición. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1999. Págs. 110-111.

¹⁰³ Id. Pág. 110.

¹⁰⁴ Id. Págs. 109-111.

actual constitucional. Es por esto que debe entrar en juego la ponderación, claro está, cuando el caso lo justifica y cuando las circunstancias jurídicas así lo ameritan. Este ejercicio de ponderación, lo haré en el Capítulo IV de esta tesina, con el fin de demostrar que un ejercicio razonado en base a criterios “universabilizables”, coherentes y consistentes, se obtiene un resultado más aceptado de entre los posibles.

Al encontrarse en conflicto la regla existente que protege el derecho al honor con el derecho constitucional de la libertad de expresión, propiamente como un principio. Justifica realizar un análisis de ponderación. Para ello es necesario identificar qué es el derecho a la libertad de expresión, no únicamente utilizando fuentes internas, sino también de derecho internacional ya que dentro del Ecuador las personas son titulares de los derechos reconocidos no solo por la Constitución sino también de aquellos reconocidos en los instrumentos internacionales¹⁰⁵ y son derechos de inmediata aplicación y de inmediato cumplimiento¹⁰⁶. Su falta de aplicación o reconocimiento no puede justificarse por ausencia de ley.

Además, la correlación entre el derecho interno y el derecho internacional es necesaria para lograr la relativización de los principios constitucionales que en el derecho constitucional actual, deben coexistir¹⁰⁷. En el siguiente capítulo, se hará la fundamentación de los derechos en conflicto dentro de la hipótesis desde la perspectiva de la argumentación jurídica de los

¹⁰⁵ *Constitución de la República del Ecuador*. Artículo. 10. “Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución”. Registro Oficial 449. Fecha de publicación 20 de octubre del 2008.

¹⁰⁶ Id. Artículo 11. Numeral 3. “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o en la Ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento. 4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”; Artículo. 427. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos”.

¹⁰⁷ Op. Cit. Gustavo Zagrebelsky.. *El derecho dúctil*. Pág. 17.

derechos constitucionales, que se centra básicamente en la fundamentación de los derechos fundamentales. De esta manera, analizaré el derecho a libertad de expresión y posteriormente el derecho a la honra en general, para verificar cuáles son las variaciones que sufre este último cuando se trata de una figura pública, para hacer después el ejercicio de ponderación respectivo y demostrar que al dotar de contenido jurídico al principio en contra, una conducta podría no encuadrarse en la norma-regla de tipo pena.

Capítulo 2.- Conflicto de derechos entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la honra

2.1 Introducción al conflicto en el Ecuador

Una vez analizada la importancia de la ponderación de derechos en la actualidad y la influencia de los derechos fundamentales, es importante considerar que la actividad judicial y el actuar de los profesionales del derecho deben adecuarse a estas circunstancias. Uno de los temas que ha tomado mayor relevancia en los últimos tiempos es el del derecho a la libertad de expresión, en cuanto a su protección, sus alcances y su limitación.

Entre los episodios jurídicos relacionados al tema que mayor atención ha generado en el Ecuador está el denominado caso “El Universo” planteado por el Presidente de la República del Ecuador Rafael Correa Delgado en contra del periodista Emilio Palacio Urrutia por injurias calumniosas. Esto por haber escrito el artículo de opinión “NO a las mentiras” en el que supuestamente se le imputaba un delito de lesa humanidad y se afectaba su honra con calificativos despectivos como “Dictador”. También demandó a Nicolás Pérez Lapentti, Carlos Eduardo Pérez Barriga y César Enrique Pérez Barriga como autores coadyuvantes por haber utilizado a la compañía anónima El Universo para instrumentalizar el delito como miembros del Directorio y demandó a la propia compañía por efectos indemnizatorios.

En la sentencia de primera instancia dictada por el Juez Décimo de Garantías Penales del Guayas¹⁰⁸ se condenó a Emilio Palacio a tres años de prisión y al pago de una multa de doce dólares. Adicionalmente, se condenó también a los querellados como personas naturales, al pago de treinta millones de dólares de manera solidaria y a la compañía anónima El Universo a pagar diez millones de dólares más costas procesales por efectos indemnizatorios. La Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial del Guayas después de la apelación planteada, ratificó lo dictado por la corte inferior el 23 de septiembre del 2011, pero para “no causar

¹⁰⁸ Juzgado Décimo de Garantías Penales del Guayas. *Proceso No. 457-2001*.

angustias a la defensa” concedió un recurso de hecho, para que sea la Corte Nacional de Justicia la que resuelva los recursos de hecho y de casación¹⁰⁹. La Corte Nacional de Justicia resolvió el recurso de casación y ratificó el fallo de primera instancia y se ordenó la ejecución¹¹⁰. El Presidente de la República perdonó públicamente el 27 de febrero del 2012 a los querellados¹¹¹ y con esto, de acuerdo al artículo 113 del Código Penal ecuatoriano por el perdón de la parte ofendida cesa la pena de injurias calumniosas¹¹².

Otro episodio jurídico de conocimiento público es el caso de “El Gran hermano”. El Presidente de la República Rafael Correa demandó a los periodistas Christian Zurita y Juan Carlos Calderón, autores del libro “El Gran hermano”, por daño moral ya que la publicación del libro supuestamente constituiría una afectación a su honra ya que denunciaba que el presidente tenía conocimiento sobre los contratos celebrados entre el Estado y su hermano, Ing. Fabricio Correa. La jueza del juzgado Quinto de lo Civil, María Portilla condenó a cada uno de los autores a pagar al presidente la suma de un millón de dólares por daño espiritual¹¹³. Esta sentencia fue apelada ante la Corte Provincial de Pichincha¹¹⁴. Frente a esto, el Presidente de la República, presentó el día 06 de marzo del 2012 un escrito de condonación y perdón de la obligación y solicitó también el archivo de la causa¹¹⁵. Sin embargo, puede que haya el acto jurídico de condonar una obligación, pero el perdón por parte del supuesto afectado, tanto en este proceso como en el caso “El Universo” no elimina la flagrante violación que existe a los

¹⁰⁹ Corte Provincial del Guayas. Sala Segunda de lo Penal, Colusorios y Tránsito. *Proceso No. 09122-2011-0525*. Decreto de 07 de octubre del 2011 a las 16h55.

¹¹⁰ *El Comercio*. “Cronología del caso El Universo”. Portal Web Elcomercio.com. Fecha de publicación 27 de febrero 2012. Fecha de acceso 14 abril 2013. < http://www.elcomercio.com/politica/Cronologia-caso-Universo_0_653934662.html>.

¹¹¹ *Ibíd.*

¹¹² *Código Penal del Ecuador*. Artículo 113. Registro Oficial Suplemento 147 de 22 de enero de 1971. Última modificación 18 de marzo del 2011.

¹¹³ Juzgado Quinto de lo Civil de Pichincha. *Proceso No. 2011- 0265* por Daño Moral.

¹¹⁴ Corte Provincial de Pichincha. Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Residuales. *Proceso No. 0162-2012*. Consulta de Causas. Función Judicial de Pichincha. <http://www.funcionjudicial-pichincha.gob.ec/mis_modulos/www/consultas/causas/actividades.php>

¹¹⁵ *Id.* Escrito de condonación de la obligación del 6 de marzo del 2012; Diario *El Universo* “Presentan archivo de causa a 2 periodistas”. Fecha de publicación 08 de marzo del 2012. Fecha de acceso 15 de abril del 2013. <<http://www.eluniverso.com/2012/03/08/1/1355/presentan-archivo-causa-2-periodistas.html?p=1584&m=3716>>.

estándares internacionales en la materia por parte de las autoridades nacionales ni elimina la violación que existe al derecho a la libertad de expresión y los efectos inhibitorios que los procesos judiciales innecesarios pueden crear en los críticos del gobierno. Se debe añadir, que después del caso conocido como El Gran Hermano, bajo solicitud del presidente ecuatoriano Rafael Correa el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social creó una comisión de veeduría conformada por cinco miembros y cinco suplentes, para supervisar el proceso de terminación de los contratos entre el Estado y Fabricio Correa. Algunos miembros de esta comisión, Pablo Rafael Chambers Mejía, Victor Hugo Hidalgo, Gerardo Aníbal Portillo Terán y José Isidro Quishpe Imbaquingo incluyeron en el informe final del 3 de febrero del 2011, que de acuerdo a las pruebas utilizadas el presidente si tenía conocimiento de los contratos, por esta razón el Presidente inició un juicio por falso testimonio y perjurio¹¹⁶, que hasta el día de hoy no hay sentencia¹¹⁷.

Si bien los casos mencionados han sido los que más han llamado la atención dentro del Ecuador, no puedo dejar de mencionar otros casos similares en los que funcionarios públicos han iniciado procesos penales por injurias calumniosas. En publicaciones del Diario Hoy de finales del año 2009 y principios del 2010 se cuestionaban las actividades del entonces presidente del Directorio del Banco Central del Ecuador y su influencia en la toma de decisiones públicas económicas. Frente a esto, el entonces presidente del Banco, Pedro Miguel Delgado Campaña, interpuso una demanda por injurias en contra del Director del Diario Hoy, Jaime Mantilla Anderson. El Juez Décimo de Garantías Penales de Pichincha, conocedor de la causa lo condenó a tres meses de prisión y a 25 dólares de multa¹¹⁸. Posteriormente, el querellante presentó el 9 de enero del 2012 un escrito de desistimiento de la querella y solicitó el archivo de la causa, que fue ordenado el 13 de enero del 2012¹¹⁹.

¹¹⁶ Juzgado Quinto de Garantías Penales de Pichincha. *Causa No. 2012-0766*. El 13 de septiembre del 2012 se ordenaron medidas sustitutivas de prisión preventiva, la prohibición de salida del país, la obligación de presentarse cada quince días al juzgado y la prohibición de enajenar los bienes de los procesados. Consulta de Causas de la Función Judicial. <<http://www.funcionjudicial-pichincha.gob.ec/index.php/consulta-de-procesos>>

¹¹⁷ Corte Provincial de Pichincha. Tercera Sala de Garantías Penales. La Sala avoca conocimiento el 17 de abril del 2012. *Causa No. 2012-0450*. <<http://www.funcionjudicial-pichincha.gob.ec/index.php/consulta-de-procesos>>.

¹¹⁸ Juzgado Décimo de Garantías Penales. *Causa No. 2009-1529*. Sentencia del 20 de diciembre del 2011.

¹¹⁹ *Ibíd.*

Otro caso por injurias calumniosas dentro de las cortes nacionales es el que presentó el Secretario de Comunicación Vinicio Alvarado Espinel en contra de Mónica Chuji¹²⁰, quien además solicitó una indemnización de doscientos cincuenta mil dólares. La supuesta injuria era que la demandada se refirió al Sr. Alvarado como un nuevo rico del gobierno en una entrevista con Rubén Darío Buitrón, misma que fue reproducida en el Diario El Comercio el día 6 de febrero del 2011. Se le condenó como autora del delito de injurias calumniosas, por haber imputado supuestamente al querellante el delito de enriquecimiento ilícito y se ordenó prisión correccional de doce meses y multa de cien mil dólares americanos. Por raro que parezca, el querellante al igual que otros funcionarios públicos presentó el 7 de diciembre del 2011 un escrito de remisión, es decir de perdón¹²¹.

Otro tipo de opresiones a la libertad de expresión han llegado a oídos de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, como la intención ciertos funcionarios del gobierno de iniciar investigaciones penales a los medios de comunicación por ciertos comentarios publicados por lectores en la versión online, que puedan tener contenido difamatorio. Como consecuencia, el diario El Comercio, que recibió esta información por parte del Secretario Nacional de Comunicación Fernando Alvarado, retiró la opción de hacer comentarios en el sitio web. El presidente de la República, ratificó el envío de este tipo de cartas durante el enlace ciudadano 292 del 6 de octubre del 2012, para que el Diario rindiera los nombres de las personas que emitieron los comentarios insultantes¹²².

Otro caso que no se aleja del tema, es la “rectificación judicial” ordenada por el Juzgado Vigésimo primero de lo Civil de Pichincha por una información inexacta que habría publicado el Diario La Hora acerca del dinero gastado en publicidad oficial del Estado. El titular de la prensa era “71 millones en propaganda” que tenía como fuente el centro de monitoreo de la Corporación Participación Ciudadana. Sin embargo, el Subsecretario Nacional de la

¹²⁰ Juzgado Décimo Cuarto de Garantías Penales. *Causa No. 2011-0550*. Sentencia del 24 de noviembre del 2011. Disponible en:

<http://www.funcionjudicial-pichincha.gob.ec/mis_modulos/www/consultas/causas/actividades.php>.

¹²¹ *Ibíd.*

¹²² CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión 2012*. OEA/Ser. L/V/II. 147. Doc. 1. Vol. 2 de 5 de marzo 2013. Párrafo 195.

Administración Pública proporcionó la información que el gasto no superaba los 13 millones de dólares. El juez civil, aceptó la acción de protección y ordenó las disculpas públicas al Estado, e incluir la información del oficio para que los lectores no consideren la información como réplica sino como rectificación¹²³.

Después de observadas las acciones de los funcionarios públicos en iniciar procesos penales innecesarios por injurias y la posterior desestimación, así como las sentencias dictadas y afirmadas por las cortes nacionales en temas referentes a la libertad de expresión, debemos cuestionarnos la escasa importancia que le dan nuestros funcionarios públicos al control social y sobre todo llama la atención la ausencia de criterios racionales de los administradores de justicia al momento de dilucidar el conflicto. La opción más aceptada aparentemente entre las cortes nacionales es la de un ejercicio arbitrario de ponderación, en el que las circunstancias son analizadas sin reconocer el contenido jurídico de la libertad de expresión. Resulta necesario cuestionarse cuáles son los criterios que utilizan las autoridades judiciales para determinar que ha habido una afectación a la honra durante al ejercicio de la libertad de expresión. Siendo estos dos derechos fundamentales, que al encontrarse enfrentados y de acuerdo a las circunstancias deben relativizarse.

Otro caso, menos conocido pero que también resulta cuestionable es la decisión tomada años atrás por la antigua Corte Suprema de Justicia el 29 de octubre del 2004, en la que afirma la sentencia dictada por la Sexta Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito en la que condenaba al editorialista de El Comercio Dr. Rodrigo Fierro Benitez a treinta días de prisión correccional y seis dólares americanos de multa, por injuriar al Ing. León Febres Cordero Ribadeneyra en su Editorial del diario El Comercio del 29 de mayo del 2003 “Febres Cordero: en su sitio”. En el artículo se le atribuía la quiebra bancaria, económica, financiera y política del país al ex presidente Febres Cordero¹²⁴.

¹²³ Juzgado Vigésimo Primero de lo Civil de Pichincha. 12 de noviembre de 2012. *Causa 2012-1410*. Disponible consulta en: <<http://www.funcionjudicial-pichincha.gob.ec/index.php/consulta-de-procesos>> citado en CIDH., *Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión 2012*. Párrafo 194.

¹²⁴ Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de Casación Penal. Resolución del Recurso de Casación. *Gaceta Judicial*. Año CV. Serie XVII. No. 15. Página 5091. 29 de octubre de 2004.

Esta sentencia a favor del ex presidente Febres Cordero, reconoce que el derecho al honor se encuentra por encima de la libertad de expresión:

Examinada la sentencia objetada, este Tribunal Supremo de Casación no encuentra que exista violación de los preceptos que garantizan la libertad de opinión y expresión del pensamiento, pues todos ellos la subordinan al respeto a ese otro derecho fundamental, y primigenio, que es el derecho a la honra, por ser consustancial a la naturaleza de la persona y que atañe a su dignidad intrínseca, derecho éste que prevalece sobre libertades y garantías derivadas de esa condición humana, como son la libertad de opinar y la libertad de prensa, pero que no son de su esencia. La Constitución, las convenciones internacionales y las Declaraciones Universal y Americana de los Derechos Humanos, invocadas por el recurrente, establecen el límite de la libertad de opinión, expresión y difusión del pensamiento hasta el lindero donde comienza el derecho a la honra y el honor de las personas. [...] QUINTO.- PREVALENCIA DEL DERECHO AL HONOR.- Es por la prevalencia del derecho al honor sobre el derecho a expresar y difundir el pensamiento, que el artículo 23 de la Constitución Política en su numeral 9, preceptúa el reconocimiento de la libertad de opinión "sin perjuicio de las responsabilidades previstas en la Ley", que son la responsabilidad penal, y la responsabilidad civil de reparar el daño causado, por la lesión al honor de cualquier persona - sin distinción de raza, nacionalidad, edad, género, religión, posición social, económica o cargo que desempeñe-, que se haga igualmente por cualquier persona, pero con mayor razón, por quienes puedan influir en la colectividad por su condición de comunicadores sociales o formadores de opinión, cuando publican y difunden informaciones no reales, tendenciosas, sesgadas, distorsionadas, parciales, subjetivas; o al difundir masivamente criterios sustentados en hechos falsos, a sabiendas de la falsedad, o sin verificar la autenticidad y veracidad de la fuente; o al publicar un "artículo de opinión" con evidente propósito de desprestigiar, menospreciar, desacreditar o difamar a las autoridades o líderes de un país, o una región, de un grupo social cohesionado o identificado por vínculos de relación étnica, cultural, religiosa, política, económica o de cualquier otra naturaleza. Cuando se injuria, se causa daño a la autoestima de la persona, pero se causa daño también a la sociedad que pierde la confianza, el crédito, el respeto hacia la persona agraviada.¹²⁵

Ni en esta Resolución de Casación, ni las sentencias mencionadas sobre el caso “El Universo” o “El Gran Hermano” ni demás, se realiza el análisis sobre si existe o no una variación cuando la crítica recae en una figura pública, en un oficial público, sobre si es un asunto de interés público que genera debate público y fortalece la democracia, sobre si es una opinión o una afirmación fáctica, y demás estándares. Así como tampoco sobre la proporcionalidad de la pena y sus efectos en el derecho a la libertad de expresión.

Es aquí donde se nos debemos preguntar: ¿Es necesaria la intervención en el derecho a la libertad de expresión para lograr satisfacer el derecho a la honra de un funcionario público? ¿O se justifica la no intervención aún cuando la persona ha estado expuesta a la crítica pública

¹²⁵ Ibíd.

por su calidad oficial público, aún cuando el debate generado sea en función del interés general que despierta la propia naturaleza de la actividad pública? Que hasta nos podríamos preguntar si verdaderamente el interés de los funcionarios del gobierno fomentar una verdadera democracia participativa y deliberativa con estas pretensiones, pero claramente no es asunto de esta investigación. Para responder las preguntas anteriores considero importante analizar cada derecho, desde su concepto hasta sus limitaciones para que después mediante un ejercicio razonado, no arbitrario, desde la perspectiva de los derechos humanos, como llama la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 425 y 426, responda a las exigencias de una sociedad democrática, de una ponderación adecuada y al nuevo constitucionalismo.

El problema jurídico que presento en este trabajo es el conflicto entre dos derechos fundamentales, el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor y reputación, en específico cuando la persona presuntamente agraviada es una figura pública. Estos dos derechos fundamentales se encuentran protegidos por la legislación ecuatoriana y los tratados internacionales. A nivel interno, el artículo 66 de la Constitución, en su numeral sexto establece que el Estado garantizará el “derecho a opinar libremente y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones”¹²⁶. También el artículo 384 de la Carta Fundamental ecuatoriana establece que “el sistema de comunicación social asegurará el ejercicio de los derechos de comunicación, la información y la libertad de expresión, y fortalecerá la participación ciudadana”. Adicionalmente, establece que el cuanto a la formulación de políticas públicas, el Estado formulará la política de comunicación con “respeto irrestricto de la libertad de expresión y de los derechos de la comunicación consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos”¹²⁷.

Por otro lado, el derecho a la protección de la honra y la dignidad se encuentra protegido en el artículo 66 de la Constitución de la República en los numerales 18 y 7, el Estado garantiza “el derecho al honor y al buen nombre. La ley protegerá la imagen y la voz de la persona” y garantiza también:

¹²⁶ *Constitución de la República del Ecuador*. Artículo 66. Numeral. 6. Derecho a la libertad de expresión.

¹²⁷ *Id.* Artículo 384 Inciso primero.

El derecho de toda persona agraviada por informaciones sin pruebas o inexactas, emitidas por medios de comunicación social, a la correspondiente rectificación, réplica o respuesta, en forma inmediata, obligatoria y gratuita, en el mismo espacio u horario.¹²⁸

Así también el Código Penal Ecuatoriano tipifica los delitos contra la honra y establece que la injuria puede ser calumniosa o no calumniosa:

a) Es calumniosa: calumniosa cuando consiste en la falsa imputación de un delito y la pena es prisión de seis meses a dos años de prisión y multa de seis a veinte y cinco dólares americanos si las imputaciones fueron en lugares públicos, el presencia de diez o más individuos, por medios distribuidos o vendidos o expuestos a miradas públicas, por medio de escritos no publicados dirigidos o comunicados a otras personas. Si la imputación es a una autoridad, la pena es de uno a tres años de prisión y multa de seis a veinte y cinco dólares americanos.

b) No calumniosa: cuando consiste en toda expresión de descrédito, deshonra o menosprecio de otra persona, o en cualquier acción ejecutada con el mismo objeto. A su vez la injuria no calumniosa puede ser grave o leve.

a. Grave: imputación de un vicio, falta de moralidad que afecte considerablemente la fama, crédito o los intereses del agraviado. Las imputaciones que por su naturaleza, ocasión o circunstancia sean tenidas por el público como afrentosas. Aquellas imputaciones que de acuerdo a las circunstancias del ofendido y ofensor merezcan la calificación de graves. Las bofetadas, puntapiés y otros ultrajes de obra. A una autoridad pública, la pena es de seis meses a dos años de prisión u de seis a diecinueve dólares americanos.

b. Leves: son aquellas que consisten en la atribución de hechos, apodos, defectos físicos que afecten el honor del agraviado. Es una contravención de tercera clase y la multa es de siete a catorce dólares americanos y con prisión de dos a cuatro días o solo con una de las penas¹²⁹.

¹²⁸ Id. Artículo 66 Numerales 7 y 18. Derecho al honor y buen nombre.

¹²⁹ *Código Penal del Ecuador*. Artículos 489 – 502 y 606 No. 15°. “Capítulo Único: de las injurias”. Título XII Delitos contra la Honra. Publicado en el Registro Oficial Suplemento 147 de 22 de enero de 1971.

Adicionalmente, existe otra disposición que establece si la injuria fuere impartida para ofender al Presidente de la República será reprimido con prisión de seis meses a dos años y multa de dieciséis a setenta y siete dólares americanos¹³⁰.

Como se puede observar en el Ecuador se condenan las injurias que afecten la honra de los agravados con prisión y multas e impone una sanción mayor para los delitos de injurias en contra de oficiales públicos. La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), ha señalado que tanto la aplicación de sanciones penales para delitos contra el honor, como las sanciones excesivas e innecesarias civiles por injurias como ha ocurrido en Ecuador, tienen un efecto inhibitor en la libertad de expresión, ya que genera autocensura en quien fue víctima de la medida y genera también temor de opinar en otras personas y en “otros potenciales críticos de los servidores públicos”¹³¹, más aún debo mencionar, cuando la utilización de sanciones penales es destinada para sancionar expresiones sobre cuestiones de interés público o acerca de funcionarios públicos. Esto, pone un freno al libre debate o el *free flow* de ideas sobre cuestiones de importancia pública y que nos interesan a todos los ciudadanos. El establecer trabas innecesarias constituye una restricción indirecta a la libertad de expresión¹³², que se encuentra prohibida en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), esto se analizará a mayor profundidad posteriormente.

Teniendo en consideración esto, es importante que se analice a fondo los derechos que se encuentran en conflicto para que posteriormente se pueda hacer una ponderación razonada entre estos utilizando los criterios adecuados y los estándares internacionales aplicables al tema. La intención de esta doble fundamentación es la de esclarecer los límites legítimos del derecho a la libertad de expresión y el alcance del derecho a la honra y su limitación. De esta forma se podrá verificar que en ciertas circunstancias, la libertad de expresión se encuentra por encima del derecho a la honra y reputación de una figura pública. Exponer lo contrario, sería negar la propia existencia de una democracia plena y negar la posibilidad de conciliar

¹³⁰ Id. Artículo 230.

¹³¹ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión 2011*. OEA/Ser.L/V/II Doc.69 v.2. Párrafo 181.

¹³² Id. Párrafo 454.

derechos del mismo nivel en una sociedad democrática heterogénea. En atención al propósito de esta tesina, haré énfasis en los estándares de protección y las limitaciones que sufre el derecho a la honra cuando éste debe ser analizada en relación a una figura pública y en atención a temas de interés general.

2.2 Derecho a la libertad de expresión

La libertad de expresión ha tenido desde hace tiempo atrás gran importancia en el desarrollo de la democracia, se puede recordar que desde el año 399 a. C., Sócrates uno de los pensadores y oradores más importantes de la Grecia antigua fue acusado de “cuestionar la democracia ateniense, de corromper a los jóvenes y de poner en duda la existencia de los dioses”¹³³, por cuestionarse libremente el propio funcionamiento de la democracia y la religión en su país. Tuvo la opción de pedir disculpas o de pagar una multa, sin embargo por ser fiel a sus creencias obedeció la ley y bebió la cicuta. Se recuerda de Sócrates una frase que rindió durante su juicio: *“If you offered to let me off this time on condition I am not any longer to speak my mind... I should say to you, “Men of Athens, I shall obey the Gods rather than you”*¹³⁴. Resulta irónico porque aún cuando cuestionó la religión, señaló que si se lo deja ir en libertad con la condición que se retracte y pida perdón, no hablará más y deberá obedecer a los dioses antes que a los hombres de Atenas. Pero este es el efecto que se tienen cuando existen restricciones innecesarias en la libertad de expresión, el silencio.

Desde hace años atrás, ya se temía que las interferencias en la libertad de expresión provoque el silencio de quienes critican la actividad de los funcionarios públicos y a las personas que ejercen cargos de interés general. La crítica sin condiciones previas fomenta el intercambio libre de ideas, sobretudo la libertad para criticar leyes o decisiones injustas, para impulsar la creación de leyes, para motivar la toma de decisiones y políticas de interés social, etc. En resumen, este espacio de libertad crea las circunstancias favorables para el ejercicio de una verdadera democracia participativa. No es más democrático un país en el que más se sufraga, sino un país en el que el debate público es abierto y no es restringido por autoridades

¹³³ Posts Juristas UNAM. “Célebres procesos de la historia: El juicio a Sócrates”. Facultad de Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. Fecha de publicación 05 de Noviembre del 2012. Fecha de acceso: 15 de abril del 2013. <<http://juristasunam.com/2012/11/05/celebres-procesos-de-la-historia-el-juicio-a-socrates/>>.

¹³⁴ David Smith and Luc Torres. “Timeline: a history of free speech”. *The Observer and The Guardian*. Fecha de publicación 05 febrero 2006. <http://www.guardian.co.uk/media/2006/feb/05/religion.news>

arbitrarias, en donde existe un debate para lograr mayor inclusión y maximización de derechos fundamentales. Si se realizan juicios penales o sanciones desmesuradas por criticar al gobierno y sus representantes, el efecto de silencio o auto censura de los críticos en potencia aumenta por el miedo de verse enfrentados a juicios innecesarios y a penas privativas de libertad. Esta explicación nos sirve para observar la importancia de este derecho ya que ha sido la puerta o el medio para lograr los cambios a lo largo de la historia.

Más adelante, la Carta Magna de Inglaterra en 1215 si bien no contenía entre las 63 cláusulas, una que proteja específicamente la libertad de expresión, la cláusula 37 establecía que una persona sólo podrá ser privada de su libertad de acuerdo a la ley del lugar¹³⁵, era un límite para el ejercicio del poder público y no se podía encarcelar sin base legal a una persona que criticara en forma abierta al gobierno.

Posteriormente, con los ideales de la Revolución Francesa, la Declaración de los Derechos y del Hombre y del Ciudadano recogía en los artículos 10 y 11 el derecho a no ser molestado por sus opiniones y religión, siempre que su manifestación no altere el orden público, y también el derecho a comunicar su pensamiento libremente, y reconocía a este como “uno de los derechos más preciados del hombre”¹³⁶. Recogía también la limitación a la libre comunicación, es decir reconocía la responsabilidad por el abuso de la libertad en los casos que determine la ley. Los instrumentos internacionales actuales contienen también limitaciones legítimas al derecho a la libertad de expresión ya que no es un derecho absoluto, esto será analizado posteriormente. En 1791 la adopción del *Bill of Rights* en los Estados Unidos de Norteamérica, recoge en la primera enmienda el derecho a expresarse libremente¹³⁷ y posteriormente disposiciones similares se van recogiendo en las Constituciones nacionales de los Estados, como sucedió en el Ecuador.

¹³⁵ John Roberts. “Magna Carta and early rights”. *The Development of Free Speech in Modern Britain*. Speakers’ Corner Trust Organization. <<http://www.speakerscornertrust.org/wp-content/uploads/2011/03/The-Development-of-Free-Speech-in-Modern-Britain.pdf>> Pág. 3.

¹³⁶ *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. Adoptada por la Asamblea Nacional de Francia en 1789.

¹³⁷ Op. Cit. Legal Information Institute. Cornell University Law School. “Bill of Rights”. *U.S. Constitution*. Véase cita 22.

La Constitución Quiteña de 1812 aseguraba en su artículo 20 el derecho inviolable de sus habitantes a exponer libre y francamente sus sentimientos, así como también sus dictámenes por escrito o de palabra, se limitaba a no ser en materia de religión o en contra de las buenas costumbres¹³⁸. La primera Constitución de la República del Ecuador de 1830 consagraba en el artículo 64 el derecho de todo ciudadano a expresar y publicar libremente sus pensamientos por medio de la prensa, sujetándose a la responsabilidad de la ley¹³⁹. La Constitución del Ecuador de 1869 protegía ya en el artículo 102, la libertad de expresión sin censura previa, es la primera en la historia constitucional del Ecuador que introduce la prohibición de la censura previa en el texto constitucional. Al igual que las anteriores constaba como limitación la religión, la moral, la decencia y la ley¹⁴⁰. La mención de estos textos es de manera ejemplificativa, ya que el Ecuador ha contado con 26 Constituciones incluidas la Constitución Quiteña de 1812, la Constitución de Cuenca de 1821 y la actual del 2008¹⁴¹.

Pero el proceso de creación de instrumentos internacionales para la protección de los derechos humanos se da partir de la Segunda Guerra Mundial, momento desde que surge también el nuevo constitucionalismo, se consolida partir de la creación de las Naciones Unidas donde la comunidad internacional se comprometió a respetar los derechos inherentes al ser humano y a no permitir las atrocidades cometidas en esta guerra¹⁴². Así los Estados tendrían la obligación de incorporar normas de protección dentro de las leyes internas.

Dentro del catálogo de derechos se incluyó el reconocimiento del derecho a la libertad de expresión en diversos instrumentos. Por ejemplo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana) adoptada en Bogotá el 2 de mayo de 1948 por

¹³⁸ *Constitución Quiteña de 1812*. Artículo 20.

¹³⁹ *Constitución de la República del Ecuador 1830*. Artículo 64. Aprobada el 23 de septiembre de 1830 por el Congreso de la República. Biblioteca Virtual. Escuela Politécnica del Ejército. <<http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/1830.pdf>>.

¹⁴⁰ *Constitución de la República del Ecuador de 1869*. Artículo 102. Aprobada el 10 de abril de 1869 por la Convención Nacional del Ecuador. Biblioteca Virtual. Escuela Politécnica del Ejército. <<http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/1861.pdf>>.

¹⁴¹ *Constituciones del Ecuador desde 1830 hasta 2008*. Biblioteca Virtual. Escuela Politécnica del Ejército. <http://biblioteca.espe.edu.ec/index.cgi?wid_seccion=35>.

¹⁴² Organización de las Naciones Unidas. *Historia de la redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos*. Sin fecha de publicación. Fecha de acceso 09 abril 2013. <<http://www.un.org/es/documents/udhr/history.shtml>>.

los Estados americanos reconoce en el artículo IV que “toda persona tiene el derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio”¹⁴³.

Meses más tarde la Organización de Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH o Declaración Universal) mediante Resolución 217 A, el 10 de diciembre del 1948 por la Asamblea General, ésta establece en el artículo 19 que:

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye en de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión¹⁴⁴.

Después de contar con un instrumento no vinculante de derecho internacional dentro del Sistema Interamericano como la Declaración Americana, se adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de carácter vinculante, en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 (CADH o Convención Americana), bajo la cual los Estados signatarios se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidas en la CADH y a “garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción”¹⁴⁵. Así como también con la Convención Americana los Estados partes reconocen como órganos competentes a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) para conocer los asuntos relacionados con el cumplimiento de las obligaciones contraídas en la CADH¹⁴⁶.

Los Estados se comprometieron a garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos contemplados en la Convención Americana, entre ellos el artículo 13.1 de la Convención Americana establece que:

¹⁴³ *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Artículo IV. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia, 1948.

¹⁴⁴ *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Artículo 19. Organización de las Naciones Unidas.

¹⁴⁵ *Convención Americana de Derechos Humanos*. Artículo 1.1. Aprobada en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de Noviembre de 1969.

¹⁴⁶ CIDH., “Instrumentos Regionales de protección y promoción de Derechos Humanos”. *Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos: actualizado al 30 junio 2010. Pág. 3.

Toda persona tiene el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección¹⁴⁷.

En este mismo sentido y a nivel de sistema universal el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP o Pacto Internacional) establece que “nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones”¹⁴⁸ al igual que lo estipulado en la DUDH y reconoce el derecho a la libertad de expresión como lo hace la Convención Americana¹⁴⁹.

Adicionalmente otros sistemas regionales de derechos humanos constan de instrumentos vinculantes de derecho internacional que también protegen la libertad de expresión. Entre ellos podemos ver el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo o CEDH) que es aplicable a los países de Europa signatarios del convenio. Basado este instrumento en la Declaración Universal de Derechos Humanos y reafirmando la adhesión de los países a las libertades fundamentales, los países adoptan el CEDH para garantizar los derechos contemplados en la DUDH¹⁵⁰. El artículo 10.1 del Convenio Europeo establece el derecho de toda persona a la “libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras”¹⁵¹.

Encontramos también en el Sistema Africano de protección de derechos humanos, el artículo 9 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta Africana o Carta de Banjul), el cual establece al igual que los otros instrumentos regionales, el derecho

¹⁴⁷ *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Artículo 13.1.

¹⁴⁸ *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Artículo 19.1. Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 mediante resolución 2200 A (XXI). Entró en vigencia el 23 de marzo de 1976.

¹⁴⁹ Id. Artículo 19.2 “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

¹⁵⁰ *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*. Preámbulo Adoptado el 4 de noviembre de 1950. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

¹⁵¹ Id. Artículo 10.1.

de cada individuo a recibir información¹⁵², así como también el derecho a expresar y diseminar opiniones dentro del margen de la ley¹⁵³. A propósito de este instrumento el concepto “al margen de la ley” podría aparentar que queda a discreción de los Estados establecer una restricción a la libertad de expresión, sin embargo la Comisión Africana sobre Derechos de las Personas y de los Pueblos (Comisión Africana) y otros órganos regionales de interpretación han dado contenido al artículo y determinado cuáles son las restricciones legítimas a la libertad de expresión. Este análisis lo incluiré posteriormente en una sección que tratará exclusivamente sobre las limitaciones legítimas a la libertad de expresión, lo que genera estándares aceptados sobre el tema.

El derecho a la libertad de expresión se recoge en los diversos instrumentos de derecho internacional, pero ¿qué significa propiamente este derecho? ¿Cuál es la importancia de su ejercicio dentro de la sociedad democrática? ¿Cuáles son las restricciones legítimas al mismo? Este derecho al ser un derecho esencial para la democracia, considero que para justificar una interferencia en él debe ser analizado con las consecuencias y beneficios que genera en una sociedad democrática, cuando el caso así lo amerite. Dado que el propósito de esta tesina es buscar la aplicación de estándares e instrumentos internacionales de derechos humanos por los jueces ecuatorianos en sus decisiones, teniendo como base a la legislación interna y los instrumentos internacionales, haré mayor énfasis en las interpretaciones realizadas dentro del marco del sistema interamericano de protección, del cual el Ecuador es parte.

2.3 Análisis del derecho a la libertad de expresión enfocado desde el marco del sistema interamericano de derechos humanos

El Ecuador firmó la Convención Americana el 22 de noviembre de 1969 y la ratificó el 12 de agosto de 1977¹⁵⁴. Así como también reconoció la competencia de la Corte IDH el 24 de julio de 1985 y la de la CIDH el 13 de agosto de 1984¹⁵⁵.

¹⁵² *Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos*. Artículo 9.1. Aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana reunida en Nairobi, Kenya.

¹⁵³ Id. Artículo 9.2.

¹⁵⁴ Op. Cit. “*Signatarios y estado actual de las ratificaciones*” de la Convención Americana de Derechos Humanos. Documentos Básicos. CIDH. Pág. 43.

El enunciado 13.1 de la CADH así como normas similares ya citadas de derecho internacional, comprende la protección de:

- a. Del derecho de un individuo de expresar ideas de toda índole, sin consideración de fronteras;
- b. Comprende el derecho de otros individuos de recibir información de toda índole producida por otros, sin consideración de fronteras;
- c. Protege los canales que permiten el libre flujo de información.

Como se señala en los literales a) y b) se desprende una doble dimensión del derecho a la libertad de expresión, la Corte IDH ha señalado que este derecho tiene un alcance dual. En primer lugar, el derecho a expresar ideas propias de toda índole y de diseminar información, sin impedimentos ni limitaciones arbitrarias, esto abarca una dimensión individual del derecho a la libertad de expresión. Es decir que es un derecho que pertenece a cada individuo. Este derecho a expresarse no se agota en la facultad de hacerlo, sino que comprende también el “derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios”¹⁵⁶ de ahí también que la expresión y el medio de divulgación son indivisibles¹⁵⁷. No se podría ejercer plenamente el derecho a expresarse si no existen los medios adecuados para hacerlo o si existen trabas poco objetivas a los mismos. Como por ejemplo, introducir cadenas televisivas oficiales de manera frecuente para coartar un programa de televisión en específico o asignar o quitar frecuencias de radiodifusión de manera arbitraria.

En segundo lugar, este derecho protege también el derecho y la libertad de buscar y recibir información, lo que genera un derecho colectivo de buscar, recibir y tener acceso a la información e ideas producidas y difundidas por otros¹⁵⁸. Es decir que si el derecho a expresarse libremente de un individuo ha sido violado o restringido arbitrariamente, se podría

¹⁵⁵ *Ibíd.*

¹⁵⁶ Corte I.D.H., *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No 73. Párrafo 65.

¹⁵⁷ *Ibíd.*

¹⁵⁸ Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111. Párrafo 77.

encontrar afectado también el derecho de las demás personas a recibir dicha información. Esto comprende la doble dimensión del derecho a la libertad de expresión¹⁵⁹.

De acuerdo a la Corte IDH cuando se afecta el derecho de toda persona a estar bien informada, la violación “afecta una de las condiciones básicas de una sociedad democrática”¹⁶⁰. Como mencioné en párrafos anteriores, no se puede hablar de democracia plena si la información de interés general o las opiniones que ciertas situaciones puedan merecer a los críticos no llegan a los ciudadanos, porque la democracia actual no se reduce a satisfacer la “voluntad general” de una sociedad homogénea sino de la inclusión de las minorías y la aceptación de las diferencias dentro de una comunidad heterogénea. De ahí se deriva también la importancia del pluralismo como un eje central del derecho a la libertad de expresión.

El hecho que los ciudadanos puedan emitir expresiones libremente sin injerencias arbitrarias directas o indirectas permite que exista un intercambio libre de ideas, lo que para la Corte IDH “otorga a la ciudadanía una herramienta básica de participación”¹⁶¹. En este mismo sentido, la Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH señala que la democracia se funda en la “existencia de un proceso libre de selección de preferencias colectivas que tiene como presupuesto un debate público abierto, vigoroso y desinhibido”¹⁶². Este proceso de selección que menciona la relatora especial, consiste desde mi perspectiva en un proceso mediante el cual las personas pueden tomar decisiones propias después de un análisis de opciones, pero para ello deben estar informadas en la mayor medida de lo posible, con opiniones concurrentes y divergentes, razón por la cual no se puede restringir la libre

¹⁵⁹ Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5. Párrafo. 30.

¹⁶⁰ Id. Párrafo. 54.

¹⁶¹ Id. Párrafo. 70.

¹⁶² CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. “Diversidad, pluralismo y libertad de expresión”. *Una agenda hemisférica para la libertad de expresión*. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Comisión Interamericana de Derechos Humanos: 2010. OEA Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 4/09. Párrafos. 100 y 101.

Disponible:

<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/cd/sistema_interamericano_de_derechos_humanos/index_AHDLE.html>.

circulación de ideas e información, y razón por la cual se prohíbe la censura¹⁶³. Debo añadir también que no basta la prohibición de la censura, sino también es necesario crear y propiciar un entorno apto y tolerante a la pluralidad y a la diferencia para no desembocar en la autocensura.

Está en cada persona decidir qué información merece su atención y qué información debe ser descartada, fortaleciendo así el ejercicio de la democracia¹⁶⁴ y el pensamiento crítico. El derecho a expresarse debe ser respetado sin discriminación alguna. Es por ello que no solo tiene que haber pluralidad de opiniones sino también un espacio mediante el cual se puedan expresar las diferencias. Es decir que exista diversidad de medios de expresión, como medios de difusión masiva tales como radio, televisión, internet, periódicos, entre otros, así como espacios públicos abiertos ya sean teatros, plazas, etc., es decir variedad que permita un entorno de libre expresión y esté al alcance de los ciudadanos. Para ello es necesario que las minorías o grupos que han sido privados de este derecho históricamente y en general del proceso democrático, cuenten con la protección necesaria para acceder a los medios de comunicación populares y se pueda difundir la información bajo las mismas condiciones. En el evento que exista exclusión a grupos determinados produciría un efecto inhibitorio o de autocensura, es decir, de silencio¹⁶⁵.

Por esta razón, el trabajo de los comunicadores sociales es central en la producción de debate público, tanto la diversidad de los medios de expresión y comunicación, como la pluralidad de ideas crean un ambiente propicio para que la ciudadanía tenga el poder de controlar el desempeño de los funcionarios públicos¹⁶⁶ y para emitir críticas buenas o duras. Esta herramienta provee a los ciudadanos un espacio de donde receptar ideas diferentes y generar pensamientos propios que puedan ser expresados:

¹⁶³ Id. Párrafo 100.

¹⁶⁴ Id. Párrafo 100.

¹⁶⁵ Id. Párrafo 101.

¹⁶⁶ CIDH., Relatoría especial para la libertad de Expresión. OEA. *Antecedentes e interpretación de la Declaración de Principios*. Sin fecha de publicación. <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=132&IID=2>>.

Es indispensable para la formación de la opinión pública y para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Es por eso que, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada, no es plenamente libre¹⁶⁷.

Concuerdo plenamente con la conclusión de la Corte IDH que cité anteriormente, si una sociedad no está suficientemente informada, no está libre. Es indiscutible que sin la pluralidad de fuentes, la información recibida sería sesgada ya sea por disposiciones legislativas, por presiones políticas o gubernamentales que afectan la independencia de los medios masivos, o también por la influencia privada de quienes poseen monopolios sobre los medios de comunicación¹⁶⁸, así la libertad de selección de cada ciudadano se vería afectada.

Hasta este momento se puede decir que el artículo 13 de la CADH protege la libertad de expresión individual y también el derecho a la información, derecho que pertenece a la misma ciudadanía con el objeto de garantizar el derecho a una democracia efectiva. Así, el respeto a la doble dimensión de esta libertad fundamental, se asienta por un lado, en el derecho de cada ser humano a expresarse libremente sin limitaciones y no como una concesión por parte de los Estados. Por otro lado tiene base la consolidación de la democracia en los Estados de Derecho. Como consecuencia, si se obstaculiza el libre flujo de ideas y opiniones, se restringe, como he mencionado constantemente, el propio proceso democrático¹⁶⁹. Esta necesidad se puede resumir en que:

La democracia es un “conversatorio” permanente, público, con una amplia y diversa gama de personas. En ese sentido, la democracia es un modo de vida sustentado en la comunicación plural que ventila sin cortapisas las diferencias. El propósito último del diálogo es la búsqueda de consensos que nos permitan vivir juntos¹⁷⁰.

En el sentido que existen ideas contrapuestas en el debate público y diferencias de pensamiento, es necesario que exista un ambiente de tolerancia a las ideas que puedan causar disconformidad o causar conmoción al Estado o a un grupo de la población. El debate público es un control esencial de la democracia, es por esta razón que las afirmaciones o publicaciones

¹⁶⁷ Op. Cit. Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*. OC-5/85. Párrafo 70.

¹⁶⁸ CIDH., *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión*. Principio 12. Adoptada por Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 108° período de sesiones celebrado del 2 al 20 de octubre del 2000.

¹⁶⁹ Id. “Preámbulo”. *Declaración de Principios sobre libertad de Expresión*.

¹⁷⁰ Wim Janasen. “La democracia, un conversatorio”. *Cohesión social y derechos humanos*. Edit. Ana Lucía Córdova Cazar y Francisco López- Bermudez. ADA- Auditoría Democrática Andina. Quito: Corporación Editora Nacional, 2009.

vertidas en el curso del debate político o sobre cuestiones de interés público deben ser consideradas con un margen de mayor tolerancia. Así, para analizar bajo el artículo 13.2 de la CADH, las expresiones que se refieren a funcionarios públicos o a personas que ejercen actividades de naturaleza pública, deben ser analizadas bajo el estándar de mayor tolerancia ya que se someten voluntariamente a la crítica pública o a asuntos sobre los cuales la sociedad tiene el interés legítimo de informarse por su relación al manejo de la actividad pública o de la actividad estatal¹⁷¹. Por ejemplo, en los casos ecuatorianos que mencioné en los primeros párrafos de este capítulo, ni siquiera se consideró este estándar dentro de una sociedad democrática, ni se cuestionó la importancia de tolerar las publicaciones que chocan al Estado y sus funcionarios para la formación de la opinión pública, lo que nos hace cuestionar la probidad de los jueces o la misma democracia dentro del Ecuador.

Es por esto que para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Tribunal Europeo), el artículo 10.2 de la CEDH¹⁷² no protege únicamente las ideas que son bien recibidas o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también las ideas que pueden ofender o desconcertar a un grupo de la población o al mismo Estado. Esto para el Tribunal Europeo, representa las demandas de “tolerancia, pluralismo y de aceptación abierta sin las cuales una sociedad democrática no puede existir” (la traducción es mía)¹⁷³. Es por esta razón que toda restricción o sanción impuesta debe ser proporcional a bien legítimo perseguido¹⁷⁴.

¹⁷¹ Op. Cit. Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*.

¹⁷² *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*. Artículo 10.2 “El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

¹⁷³ *Cfr.* Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso de Handyside v Reino Unido*. Sentencia de 4 noviembre de 1976. Serie A no 24. Párrafo 49. “[...] it is applicable not only to "information" or "ideas" that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no "democratic society". This means, amongst other things, that every "formality", "condition", "restriction" or "penalty" imposed in this sphere must be proportionate to the legitimate aim pursued”. (la traducción en el texto es mía). .

¹⁷⁴ *Ibíd.*

Adicionalmente, el artículo 13 de la CADH protege el derecho a difundir las expresiones por medio de cualquier otro procedimiento no mencionado en el texto. Esto ha sido interpretado por la Corte IDH:

Cuando la Convención proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho a difundir informaciones e ideas “por cualquier... procedimiento”, está subrayando que la expresión y difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.¹⁷⁵

No es suficiente que se reconozca la protección de la expresión si existe alguna restricción que hace inefectivo el proceso de emisión y recepción de la información. Como se señaló en el literal c), si los canales de propagación cuentan con obstáculos innecesarios e injustificados, el ejercicio del derecho se vuelve nulo y pierde la esencia del mismo que es el libre flujo de ideas. Es decir que el derecho a la libertad de expresión no protege únicamente el contenido de las expresiones, sino que también protege los medios a través de los cuales este derecho se hace posible.

2.4 Restricciones a la libertad de expresión

2.4.1 Prohibición de la censura previa

Las restricciones a la libertad de expresión pueden o no ser violatorias de la CADH en el sentido que se ajuste o no a las propias disposiciones de la Convención¹⁷⁶. Existen restricciones legítimas y justificables y otras ilegítimas e innecesarias. El artículo 13.2 de la CADH prohíbe la censura previa. La censura previa es un mecanismo mediante el cual, se restringe de manera preventiva o anticipada la publicación de un mensaje, expresión, obra, etc. Por ejemplo, en el caso de “*La última tentación de Cristo*” *Olmedo Bustos v. Chile*¹⁷⁷, la Corte IDH declaró que existe responsabilidad internacional del Estado por violar el artículo 13.2 de la CADH a raíz de la existencia del artículo 10 numeral 12 de la Constitución Política

¹⁷⁵ Id. Párrafo 31.

¹⁷⁶ Sergio García Ramírez y Alejandra González. *Libertad de Expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Primera Edición. Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, 2007. <http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/libertad_expresion.pdf>. Pág. 30.

¹⁷⁷ Corte I.D.H., *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

de Chile de 1980 que establecía un sistema de censura previa para exhibición y publicidad de producciones cinematográficas.

En este caso Consejo de Calificación Cinematográfica chileno, permitió la publicación de la película “La última tentación de Cristo” pero con acceso restringido a menores de 18 años. Frente a esto, un grupo de personas demandó a su propio nombre y con el objetivo de proteger la reputación de Jesucristo, la exhibición de la película ante la Corte de Apelaciones de Santiago y la Corte prohibió la exhibición. La sentencia fue afirmada por la Corte Suprema de Chile. Se demandó ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en este caso, la Corte IDH declaró responsabilidad internacional del Estado por la existencia de la norma constitucional que contravenía expresamente la CADH al permitir la censura previa y bajo la cual se regía la actuación del poder público¹⁷⁸.

En el caso antes mencionado la Corte IDH declaró también la violación los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana por no garantizar el ejercicio de los derechos contenidos en la Convención y por no adecuar el derecho interno a las disposiciones de la misma. Recordó al Estado que las medidas tomadas únicamente son efectivas cuando el Estado adapta no solo el derecho interno sino también las actuaciones del Estado a las normas de protección de la CADH (*effet utile*)¹⁷⁹.

Pero la prohibición de la censura previa no se limita únicamente a la exhibición de un mensaje, la Corte IDH en el caso *Palamara Iribarne v. Chile*¹⁸⁰, estableció que para que se garantice el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión no basta que se permita escribir ideas y opiniones sin previa censura, sino que también comprende el deber de no restringir la difusión y distribución por cualquier medio apropiado para llegar al mayor número de destinatarios¹⁸¹. En este caso, el señor Palamara Iribarne escribió el libro “Ética y Servicios de Inteligencia” y estaba en proceso de ser publicado y comercializado, su

¹⁷⁸ Op. Cit. Corte I.D.H., *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Párrafos 71 – 73.

¹⁷⁹ Id. Párrafos 85-88.

¹⁸⁰ Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135

¹⁸¹ Id. Párrafo 73.

publicación no fue autorizada por el Comandante en Jefe de la III Zona Naval, institución a la que el señor Palamara prestaba sus servicios. En vista que no suspendió la publicación del libro, el Juez Naval ordenó la prohibición de publicar el libro, ordenó que se retiraran los antecedentes del libro que existan en la imprenta, se ordenó la incautación de las copias del libro en la imprenta y en el domicilio del señor, así como también la supresión de la información electrónica en los equipos de la imprenta y del señor Palamara, se ordenó las diligencias necesarias para recuperar los libros en manos de varias personas, y se le prohibió hacer comentarios críticos sobre el proceso militar que se le seguía en su contra por desacato ya que comprometía la imagen de la Armada.

La Corte IDH consideró que las medidas aplicadas para evitar la difusión del libro constituyeron actos de censura previa no compatibles con la CADH¹⁸². Adicionalmente, consideró que la aplicación del delito de desacato se utilizó de forma desproporcionada e innecesaria en una sociedad democrática, ya que privó al señor Palamara Iribarne de opinar libremente sobre asuntos que guardaban relación con la actividad de las autoridades de justicia militar y estas normas no son compatibles con la CADH en relación al artículo 2¹⁸³.

Es decir que no es justificable para los Estados impedir o condicionar la exhibición, publicación y distribución de una expresión, salvo para el acceso a espectáculos públicos que pueden ser sometidos por la ley a censura previa para regular el acceso a los mismos en función de la protección moral de la infancia y adolescencia como establece la propia Convención Americana¹⁸⁴.

El Estado puede ser responsable de una violación al artículo 13 CADH por una acción directa, cuando existe censura previa, por el secuestro de producciones o prohibición de publicaciones, prohibición de distribución o difusión y en general por “todos aquellos procedimientos que condicionan la expresión o la difusión de información al control

¹⁸² Id. Párrafo 78.

¹⁸³ Id. Párrafo 95.

¹⁸⁴ *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Artículo 13.4.

gubernamental”¹⁸⁵. A la luz del artículo 13.2 de la CADH no son permitidos los mecanismos ni de responsabilidad ulterior que conlleven censura previa ya sea de manera directa o indirecta¹⁸⁶.

También un Estado, puede ser responsable por omisión. En la obligación de garantizar el goce efectivo de los derechos consagrados en la Convención Americana, los Estados tienen la obligación de prevenir una violación a los derechos humanos¹⁸⁷. Si teniendo conocimiento sobre una situación de vulneración los Estados apoyan o toleran una violación, o no realizan diligencia alguna para prevenirlo, puede acarrear responsabilidad internacional¹⁸⁸.

Por ejemplo, en el caso *Ríos y otros vs. Venezuela*¹⁸⁹, la Corte IDH estableció que el discurso ofensivo de altos funcionarios públicos, en un contexto de polarización y conflicto social, puede ser interpretado por un grupo de personas como un permiso para cometer actos violatorios de derechos. El Estado debe prevenir esta situación ya que la falta de actuación puede aumentar la situación de vulnerabilidad¹⁹⁰. Esto lo relaciono con la necesidad de crear un entorno de tolerancia hacia la divergencia de opiniones, si el discurso de los altos mandos demuestra falta de tolerancia hacia los críticos del gobierno, el mensaje que se está mandando no es el correcto en una sociedad democrática y puede crear una carta blanca hacia la intransigencia.

2.4.2 Restricciones legítimas a la libertad de expresión

El ejercicio de la libertad de expresión no absoluto¹⁹¹ y puede estar sujeto a restricciones legítimas como estar sometido a responsabilidades ulteriores que deben estar expresamente

¹⁸⁵ *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5. P. 30 en Tara Melish. *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Quito: Centro de Derechos Económicos y Sociales, 2003. Págs. 334-335.

¹⁸⁶ Op. Cit. Corte I.D.H., *Ricardo Canese v. Paraguay*. Párrafo 95.

¹⁸⁷ Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4. Párrafos 173 y 174.

¹⁸⁸ *Ibíd.*

¹⁸⁹ Corte I.D.H., *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. Sentencia 29 de enero de 2009. Serie C No. 194

¹⁹⁰ *Id.* Párrafos 148 y 149.

¹⁹¹ Op. Cit. Sergio García Ramírez y Alejandra Gonza. *Libertad de Expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Corte IDH. Pág. 36.

fijadas por la ley y ser necesarias para no limitar la libertad de expresión más de lo estrictamente necesario ¹⁹². Estas medidas deben ser tomadas para asegurar:

- a. El respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública¹⁹³.

El régimen de responsabilidades ulteriores como establece el literal a), está permitido por la CADH sin embargo las interpretaciones autorizadas de este instrumento de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, han desarrollado los alcances permisibles para esta disposición. Sin perjuicio que los Estados pueden limitar en este sentido el ejercicio del derecho en cuestión, es necesario:

Analizar la necesidad, la pertinencia, la proporcionalidad y la racionalidad de las responsabilidades ulteriores para ponderar la admisibilidad de éstas a la luz de la Convención Americana, habida cuenta de la necesidad de asegurar, como previene el Pacto de San José, el respeto a los derechos o a la reputación de otras personas, la protección de la seguridad nacional, la preservación del orden público, la salud o la moral públicas¹⁹⁴.

Es por ello que una medida que limite más allá de lo necesario la libertad de expresión o no resulte proporcional puede constituir una restricción ilegítima al derecho. Por esta razón planteo que el ejercicio de ponderación entre la libertad de expresión y la protección de la reputación de los demás, debe hacérselo de manera racional, con criterios aceptados y que no limite ilegítimamente otros derechos protegidos. Los autores o creadores de una información o un contenido publicado, pueden ser sancionados en el plano doméstico por el abuso o por el ejercicio indebido del derecho a la libertad de expresión, pero después de realizada la publicación (régimen de responsabilidad ulterior) y bajo los estándares aplicables. Si bien la CADH no especifica los tipos de sanciones que pueden ser reguladas, debe cumplir con los siguientes requisitos:

- 1) Estar expresamente fijado en una ley,

¹⁹² *Ibíd.*

¹⁹³ *Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 13.2.; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 19.3.*

¹⁹⁴ *Op. Cit. García Ramírez, Sergio y Alejandra Gonza. Libertad de Expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Corte IDH. Pág. 36.*

- 2) Las medidas tienen que estar destinadas a proteger los objetivos establecidos en la Convención y,
- 3) Ser necesarias en una sociedad democrática¹⁹⁵.

Esto conlleva a un análisis tripartito, que no está estipulado únicamente en los artículos 13. 2 y 30 de la Convención Americana, sino también en disposiciones similares de otros instrumentos internacionales como el artículo 29.2 de la DUDH, el artículo 10.2 del Convenio Europeo, el artículo 19.3 del Pacto Internacional y el artículo 13.2 y 30 de la Carta de Banjul¹⁹⁶ y también los conceptos han sido desarrollado por los órganos de interpretación de los sistemas regionales de protección.

a) El concepto de “establecido en una ley”:

Estar expresamente fijado en una ley, quiere decir que una medida tomada tenga una base en una ley interna. Al ser leyes que contemplan una posible restricción a un derecho humano de acuerdo a la Convención Americana, las leyes utilizadas tienen que ser aquellas normas que ha sido adoptadas por un órgano legislativo y promulgadas por el Poder Ejecutivo, de acuerdo al procedimiento que establezca el derecho interno de cada Estado¹⁹⁷. Además, tienen que ser leyes dictadas por razones de interés general, que hayan sido adoptadas en función del bien común, como compuesto integrante del orden público del Estado democrático, para alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la vigencia de los valores democráticos. Así que no se puede invocar el orden público o el bien común para “suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real”¹⁹⁸.

Entonces para que una ley sea idónea no es suficiente que una medida tenga algún tipo de base en la ley interna, entra en juego también la calidad de la ley en cuestión y si resulta o no

¹⁹⁵ Cfr. Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107. Párrafo 120.

¹⁹⁶ Dentro del Sistema Africano también se encuentra el principio 2.2 de la *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión en África*. Comisión Africana de Derechos de las Personas y de los Pueblos, aprobada en Banjul, el 23 de octubre del 2002 en la Sesión 32.

¹⁹⁷ Corte I.D.H., *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6. Párrafo 27.

¹⁹⁸ Op. Cit. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*. Opinión Consultiva OC-5/85. Párrafos 66 y 67.

compatible con lo previsto en los tratados de derecho internacional de derechos humanos y su interpretación¹⁹⁹.

b) Debe perseguir un fin legítimo:

Una ley dictada para restringir un derecho de acuerdo a la CADH no puede considerarse solamente de acuerdo al principio de legalidad, sino también estar dotadas de legitimidad en relación al interés que se encuentra en la misma Convención²⁰⁰. La ley tiene que obedecer las razones de interés general no vulnerar el propósito para la cual fueron creadas. Este elemento sirve para un control de desviación de poder²⁰¹. La ley aplicada tiene que perseguir un fin y no puede ser utilizada para menoscabar otro derecho o contravenir las obligaciones contraídas por el Estado²⁰². No significa únicamente que deba existir una ley que por su mera apariencia sea compatible con la Convención Americana, sino que la medida tomada debe tener base en una ley que justifique de manera suficiente la medida y estar orientada a “satisfacer un interés público imperativo”²⁰³, esto quiere decir que entre varias alternativas, se debe escoger aquella que “restrinja en menor escala el derecho protegido”²⁰⁴ (estándar de la medida menos restrictiva). No es suficiente la restricción sea útil, oportuna o razonable sino que debe justificarse:

según los objetivos colectivos, que por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y que no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo²⁰⁵.

c) Debe ser necesaria y proporcional en una sociedad democrática:

¹⁹⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso de Amann v Suiza*. App no 27798/95. Sentencia de 6 febrero 2000. Párrafos 50 y 55.

²⁰⁰ Op. Cit. Corte I.D.H., *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86. Párrafo 32.

²⁰¹ Id. Párrafo 18.

²⁰² CIDH., *Segundo Informe sobre la Situación de los Defensores de Derechos Humanos en las Américas*. OEA/Ser. L/V/II Doc. 66 de 31 diciembre 2011. Párrafo 121.

²⁰³ Ibid.

²⁰⁴ Ibid.

²⁰⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos., *Caso de The Sunday Times v. Reino Unido*. Párrafo 59 en Corte IDH. *La colegiación obligatoria de periodistas*. Párrafo 46.

De lo mencionado en la cita anterior, una decisión tiene ser necesaria en una sociedad democrática. Esto lleva a analizar el tercer elemento de “necesidad”. Este criterio utilizó la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC5-85 y la tomó de la interpretación que hace el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el artículo 10 del CEDH en el caso *Sunday Times v. Reino Unido*²⁰⁶. Implica la existencia de una necesidad social imperiosa (*pressing social need*), en el sentido que una medida utilizada debe ser proporcional al fin legítimo perseguido. Así como también implica que las razones y los criterios dados las cortes nacionales sean relevantes y suficientes al momento de tomar la decisión y de acuerdo a las circunstancias del caso²⁰⁷ para que se pueda justificar una intervención en el derecho a la libertad de expresión. Si estas razones otorgadas contravienen los estándares adoptados por las Cortes Internacionales, la medida tomada por el Estado o en relación a la falta de adopción de medidas internas en adecuación a las disposiciones internacionales pueden acarrear responsabilidad internacional por violación del derecho a la libertad de expresión.

La Comisión Africana también coincide con esta interpretación extensiva de la legalidad de una medida, no basta que un Estado alegue la existencia de una ley para justificar una restricción en la libertad de expresión, tiene que ir más allá y demostrar que la ley recae en las restricciones permisibles, en este caso bajo la Carta Africana y sus obligaciones internacionales²⁰⁸. Además, establece que la legislación nacional debe adecuarse a las disposiciones de la Carta de Banjul u otros instrumentos internacionales de derechos humanos y sus prácticas²⁰⁹.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, también ha interpretado el artículo 19.3 del PIDCP, estableciendo que una restricción a la libertad de expresión debe estar establecida en una ley que proteja un bien legítimo contemplado en el Pacto y ser necesaria para alcanzar este bien. El requisito de “necesidad” implica también un elemento de

²⁰⁶ *Ibíd.*

²⁰⁷ *Id.* Párrafo 62.

²⁰⁸ Comisión Africana de Derechos de las Personas y de los Pueblos. *Media Rights Agenda v. Nigeria* App 224/98. AHRLR 200. 2000. Párrafo 75.

²⁰⁹ Comisión Africana de Derechos de las Personas y de los Pueblos. *Scanlen & Holderness v. Zimbabwe*. App 297/05., Decisión del 03 abril 2009. Párrafo 115.

proporcionalidad entre la restricción y el valor que esta busca proteger. Por ejemplo, en el caso *Marques de Morais v. Angola*, el Comité de Derechos Humanos consideró que las sanciones penales por injurias impuestas al autor de una serie de artículos del periódico independiente *Agora*, en el que hacía responsable al Presidente por la destrucción del país y la situación del Estado, no podían considerarse proporcionales para proteger el orden público y la reputación del Presidente, quien es una figura pública y está sometida a la crítica. Si bien se encontraba establecido en una ley penal y buscaba la protección de un bien legítimo como es la reputación de otros, la medida no era necesaria en una sociedad democrática lo que constituye una violación al artículo 19 del Pacto²¹⁰.

En este mismo sentido, la Corte IDH ha establecido que el Derecho Penal y la aplicación de sanciones penales para el régimen de responsabilidades ulteriores, es el medio más restrictivo y severo para la consecución los fines establecidos en la CADH²¹¹. Así, las leyes de desacato o tipos penales establecidos en las legislaciones internas no deben ser utilizadas de manera innecesaria o desproporcionada en una sociedad democrática para “legitimar” una restricción a la libertad de opinión e información²¹². La facultad de establecer una responsabilidad ulterior debe ser proporcionada al bien legítimo buscado y ser necesaria. Frente a declaraciones vertidas sobre funcionarios públicos, o de personas que ejercen actividades de naturaleza pública, acerca de políticos y de instituciones estatales se aplica un estándar diferente de protección en el que no se asienta sobre la calidad del sujeto sino en el carácter de interés público de la actividad²¹³. Como he pretendido hacer énfasis durante el desarrollo de esta tesis, las declaraciones que vierta una persona sea o no comunicador social, sobre una situación que despierta interés en los ciudadanos no debe ser analizada desde la

²¹⁰ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. *Marques de Morais v Angola*. Communication 1128/ 2002. Decidido el 29 Marzo de 2005. Párrafos 6.7 y 6.8.

²¹¹ Op. Cit. Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Párrafo 79; Op. Cit. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Párrafo 104.

²¹² Id. Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Párrafo 87 y 88.

²¹³ Op. Cit. Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Párrafo 84; Op. Cit. Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese*. Párrafo 103; Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107 Párrafo 129; y Corte I.D.H., *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74. Párrafo 155; *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión*. CIDH. Principio 12 *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión en África*. Comisión Africana de los Derechos de las Personas y de los Pueblos. Principio 12.

perspectiva de la afectación que causa al presunto agraviado, sino en función del fortalecimiento de la democracia y la naturaleza de la declaración. Este análisis debe ser realizado por las cortes domésticas para evitar sanciones desproporcionadas e innecesarias. No está por demás mencionar que las cortes deben proveer las razones y criterios suficientes para motivar su decisión, lo que llevaría a la utilización de criterios aceptados para lograr una relativización objetiva de derechos humanos dentro de una sociedad heterogénea.

Si bien la Corte IDH no ha expresado manifiestamente que los oficiales públicos no deben acudir a los jueces penales en casos de injurias, la CIDH ha tomado una postura severa y expresado mediante el Principio 11 de la Declaración sobre principios sobre Libertad de Expresión, que en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública, o un particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de naturaleza pública, las leyes que protejan la reputación, deben estar garantizadas solo a través de sanciones civiles y además se debe probar la intención de infligir daño o que quien realiza la declaración, tenía pleno conocimiento que se estaba difundiendo noticias falsas o que se “condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas”²¹⁴.

Las leyes que penalizan también la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos conocidas como “leyes de desacato” atentan por sí mismas a la libertad de expresión y el derecho a la información²¹⁵. Adicionalmente, no solo las sanciones penales tienen el efecto de coartar el derecho, sino también las sanciones civiles sumamente elevadas pueden tener un efecto intimidante en el ejercicio de la libertad de expresión, una sanción pecuniaria elevada compromete no solo el ejercicio del derecho de quien critica o denuncia a funcionarios públicos, sino también se genera autocensura en potenciales críticos²¹⁶. Como referente puede ser utilizado el caso denominado “El Gran Hermano” en el Ecuador, en el que una sanción de un millón de dólares de compensación por daño espiritual al presidente del Ecuador puede tener el mismo efecto silenciador que una sanción penal, ya que al ser tan desproporcionada con respecto al bien que se pretende proteger, los ciudadanos y comunicadores podrían decidir

²¹⁴ CIDH., *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión*. Principio 11

²¹⁵ Id. Principio 12.

²¹⁶ Corte I.D.H., *Tristán Donoso vs. Panama*. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193 Párrafo 129.

no emitir críticas acerca del alto funcionario público por el miedo a ser condenados al pago de sumas exageradas de dinero. Además, estamos frente a un caso en el que ni siquiera se podría hablar de responsabilidad civil, porque es un asunto de interés general, con publicaciones constatadas de manera razonable, en que el derecho a la honra se puede ver legítimamente limitado por el derecho colectivo a la información y el derecho a una democracia transparente.

2.4.3 Restricciones indirectas a la libertad de expresión

Una vez esbozados los elementos necesarios para considerar válida una restricción a un derecho, se debe mencionar también que de acuerdo al artículo 13.3 de la CADH no se puede restringir de manera indirecta la libertad de expresión, la propia Convención lo ejemplifica:

Por el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualquier otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones²¹⁷.

Las formas indirectas de restricción se encuentran prohibidas por la Convención, que si bien no existe una definición concisa, para la CIDH son “obstrucciones oscuras, impuestas silenciosamente”²¹⁸, que por ser sutiles en su aplicación y por la ausencia de impacto directo, resultan más efectivas para coartar el derecho. Podría plantear como ejemplo, la asignación arbitraria o a conveniencia de espacios de publicidad televisiva o radial, en lugar de tener parámetros objetivos selección para la asignación. Así, la CIDH ha señalado que la publicidad estatal pagada a un medio de comunicación, no puede estar condicionada a emitir únicamente expresiones favorables hacia el Gobierno (asignación positiva) o a abstenerse de emitir criterios críticos del Gobierno (asignación negativa)²¹⁹, así como tampoco la publicidad privada estar condicionada a los intereses comerciales de los medios de comunicación²²⁰. Sin

²¹⁷ *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Artículo 13.3.

²¹⁸ CIDH., Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. OEA. *Violaciones indirectas a la libertad de expresión*. Sin fecha de publicación. Fecha de acceso 10 abril 2013. <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=270&lID=2>>. Párrafos 1 y 2.

²¹⁹ Id. Párrafos 3-12.

²²⁰ *Ibíd.* La CIDH hizo alusión al caso *VGT Verein gegen Tierfabriken v. Suiza* en el que la empresa de publicidad radial se negó a difundir un anuncio presentado por una asociación de protección de animales para disuadir el consumo de carne. La decisión había sido tomada con tinte político por la influencia de un grupo

embargo, debo manifestar que no concuerdo plenamente con lo manifestado por la CIDH en relación a los medios de comunicación privados, ya que a pesar de tener una función social, son también empresas de libre mercado donde claramente juegan intereses económicos y comerciales. No se puede pretender quitar los intereses privados de un medio que es propiamente privado. Lo importante es lograr que la asignación de espacios publicitarios, no sea manifiestamente desproporcionada al punto que menoscabe la pluralidad de información en base a condiciones irrazonables.

Por otro lado, la Corte IDH consideró la exigencia de la colegiatura obligatoria para periodistas, como una medida preventiva que restringe indirectamente la libertad de expresión. En el voto separado concurrente del Juez Rodolfo E. Piza E., añadió que existen leyes en las que se imponen medidas o leyes con fines gremiales, u otras de carácter privado o social, que no justifican la protección de un fin público protegido en la CADH. Esto puede restringir indirectamente el ejercicio del derecho²²¹. Entonces, para que exista una violación al artículo 13.3 de la CADH es necesario que el medio empleado restrinja efectivamente el ejercicio la comunicación y la libre circulación de ideas²²². En este sentido, coincido con el criterio de la Corte que si bien la colegiación obligatoria podría tener el objetivo de tener periodistas de alto nivel y con formación académica, el rol que tiene la prensa en la democracia actual es la de proveer información de distinta índole y también de rendir versiones y opiniones, para lo cual no se puede condicionar. Esto coartaría a libertad de opinión, el derecho de información y limitaría el libre flujo de ideas necesario para tener un pensamiento crítico.

Otro tipo de restricción indirecta se puede ver en la decisión de la Corte IDH en el caso *Ivcher Bronstein v. Perú*²²³, la corte declaró al Estado responsable por la violación del artículo 13.3 de la CADH por restringir indirectamente el derecho al dejar sin efecto el título de nacionalidad peruana del señor Ivcher Bronstein y la de los periodistas que investigaban en el

financiero poderoso. La Corte Europea decidió que esto coartaba el derecho a la libertad de expresión en una sociedad democrática.

²²¹ ²²¹ Voto separado del juez Rodolfo E. Piza E., Corte IDH. OC-5 *La colegiación obligatoria de periodistas* Párrafo 16.

²²² Corte I.D.H., *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. Sentencia 29 de enero de 2009. Serie C No. 194. Párrafo 340.

²²³ Corte I.D.H., *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74

programa Contrapunto del Canal 2²²⁴. Esta acción se dio como consecuencia que el señor Ivcher Bronstein era accionista mayoritario del Canal 2, Director y Presidente del Directorio de la compañía, así tenía como función la aprobación de la programación del canal. En el año 1997, salió en el programa Contrapunto un reportaje sobre las torturas cometidas por miembros del Servicio de Inteligencia Militar a dos agentes mujeres. También, sobre el enriquecimiento del señor Vladimiro Montesinos en su cargo de asesor al Servicio de Inteligencia Militar. Se anunció en el Canal 2, que se enseñaría grabaciones de conversaciones ilícitas entre jueces, partidarios de la oposición y periodistas. Después, el Canal 2 recibió visitas por parte de la Fiscalía, sobrevuelos por parte del Servicio de Inteligencia, se denunció mediante comunicado de prensa que se llevaba una campaña difamatoria para desprestigiar al Servicio de Inteligencia, se ordenó un Decreto Ejecutivo que permitiría revocar la nacionalidad peruana, se ordenó que las decisiones sobre la línea editorial del Canal 2 las tomarían los socios minoritarios y a raíz de ello, se prohibió la entrada a los periodistas que trabajaban en el programa Contrapunto²²⁵. Estos son actos intimidatorios, que se utilizan de manera indirecta para cambiar una línea editorial o para evitar el ejercicio pleno de la libertad de expresión.

Otra forma de restricción indirecta puede ser la expresión y declaraciones de funcionarios públicos, que dado el contexto en el que son emitidas, como uno de polarización política o alta conflictividad social, pueden encaminar a la violación de los derechos o pueden ejercer presión lesiva en los derechos de las personas que pretenden contribuir el debate público²²⁶. El contenido ofensivo de los mensajes emitidos por altos funcionarios, de acuerdo a la Corte IDH como en el caso *Ríos y otros vs. Venezuela*, de acuerdo al contexto, puede ser considerado como una violación a la CADH en su artículo 1.1 en el deber de prevenir la violación de derechos, ya que puede ser interpretado por un grupo de ciudadanos como una carta abierta para realizar ataques en contra de medios de comunicación o periodistas críticos del gobierno de turno. En este punto, considero importante comparar con la situación ecuatoriana. El uso de calificativos despectivos en el discurso de los altos mandos del

²²⁴ Id. Párrafo 162.

²²⁵ Id. Sección de Hechos Probados. Párrafo 76.

²²⁶ Op. Cit. Corte I.D.H., *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. Párrafo 139.

gobierno y la campaña en contra de la “prensa corrupta” como el Presidente Correa denomina a la prensa de oposición²²⁷, podría ser considerado como un “permiso” hasta una “obligación” de los ciudadanos que se identifican con el Presidente y sus seguidores, a atacar a los medios de comunicación que no comparten la política o el accionar de los miembros del gobierno de turno. No debemos descartar la idea que si un grupo de personas ataca verbalmente, irrumpen violentamente las instalaciones de un medio de comunicación o agreden a los periodistas, podría aparentar que por autoridad del pueblo, el Estado se encuentra legitimado para tomar cual medida fuere necesaria para reprimir a un medio de comunicación masivo. Las medidas arbitrarias y el uso constante de un discurso agresivo puede ser una restricción ilegítima a la libertad de expresión, además de producir un efecto silenciador. Si bien esto no es parte esencial del propósito de esta tesina, considero que los jueces de las cortes nacionales están llamados a analizar cuál es el efecto directo e indirecto que tendría una interferencia innecesaria en el derecho a la libertad de expresión.

Esta omisión por parte del Estado aumenta la situación de vulnerabilidad de quienes pretenden informar, lo que resulta incompatible con la obligación de los Estados de garantizar²²⁸. Cabe resaltar, que esto no quiere decir que los funcionarios públicos no tienen protegido su derecho a la libertad de expresión, sino que se encuentra sometido a ciertas limitaciones, en el sentido que las declaraciones vertidas por ellos deben constatar de manera razonable los hechos en los que se fundamentan sus opiniones y deben hacerlo de manera

²²⁷ El Presidente actual de la República del Ecuador (2013-2017) Ec. Rafael Correa Delgado, utiliza términos como “prensa corrupta”, “prensa mediocre”, “prensa mercantilista” para referirse en mayor medida a los medios de comunicación que se caracterizan por criticar a los miembros de su gobierno. Durante el enlace sabatino No. 276 del 26 de mayo del 2012 el Presidente Rafael Correa propuso iniciar una campaña en contra de la “prensa corrupta”. La organización sin fines de lucro, Fundamedios manifestó que: “Dentro de este contexto, el Presidente dijo “lo que faltaba ahora este diario (La Hora) ignorante cambia partes de mis discursos... Yo nunca quise decir eso (...) ¡Ahora para que se quejen por algo!”, dijo Correa, a la vez que rompía un ejemplar del periódico. “Cuando compran cierta prensa solo pueden leer las porquerías que publican y le están dando su dinero a personas como Vivanco (el propietario del medio). Así que por favor a dejar de comprar la prensa corrupta que no sirve ni para madurar aguacates compañeros”, sentenció.” Fundamedios. *Presidente llama a campaña contra “prensa corrupta” y rompe el ejemplar de un diario*. Fecha de publicación 27 de mayo 2012. Fecha de acceso 7 julio 2013. Disponible en: <<http://www.fundamedios.org/monitoreo-de-libertades/alertas/presidente-llama-campana-contraprensa-corrupta-y-rompe-el-ejemplar>>.

²²⁸ Op. Cit. Corte I.D.H., *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. Párrafos 148 y 149.

diligente en razón a la investidura que traen y los efectos que pueden generar en la población²²⁹.

En los párrafos anteriores, se mencionan algunos de los mecanismos utilizados que se han considerado como restricciones indirectas, aunque no se encuentren mencionados en el artículo 13.3 de la CADH. Como consecuencia, se puede concluir que este tipo de restricciones no son taxativas en la Convención y no resulta permitido a los Estados restringir el ejercicio de la libertad de expresión e impedir la comunicación y libre circulación de ideas y opiniones por cualquier medio encaminado a alcanzar este objetivo ilegítimo. Dado que la propia característica de las restricciones indirectas, es la sutileza de las medidas, podrían ser infinitas.

En los párrafos anteriores he pretendido realizar una apreciación general, sobre el derecho a la libertad de expresión. Este derecho mencionado tiene como límite a su ejercicio la protección de la reputación de los demás. Esto se desprende de las propias limitaciones del artículo 13.2 de la CADH y de la protección del derecho a la honra y dignidad, garantizado en el artículo 11 de la misma Convención Americana.

2.5 Derecho a la honra y dignidad

La reputación de los demás una limitación legítima a la libertad de expresión, es importante realizar una breve aproximación a este derecho para dilucidar su protección dentro de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dentro de otros instrumentos similares y cómo ha sido entendido por los órganos de interpretación. Adicionalmente, haré una breve exposición y justificaré las restricciones permisibles al derecho y la limitación que tiene que sufrir cuando se debe ponderar el derecho a la honra y reputación de una figura pública y la libertad expresión y el derecho colectivo a la información.

La CADH establece que:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

²²⁹ Id. Párrafo 139.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques²³⁰.

Este derecho protegido en la CADH constituía ya de cierta forma un límite al ejercicio de la libertad de expresión en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano adoptada en la Revolución Francesa ya que un límite al ejercicio de los derechos naturales de los hombres son los derechos de los otros ciudadanos²³¹. Es desde ahí que parte la noción de evitar el ejercicio abusivo de los derechos. El artículo V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, establece que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra ataques abusivos a su honra, reputación y vida privada. La DUDH también contempla en el artículo XII, que nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, en su familia, domicilio o correspondencia, ni de ataques en contra de su honra y reputación.

Adicionalmente, el Convenio Europeo si bien no reconoce como lo hace la Convención Americana la protección contra ataques ilegales en contra de la honra y reputación, garantiza en el artículo 8 la protección en contra de injerencias en la vida privada de las personas²³². En el análisis del artículo 8, el Tribunal Europeo ha determinado que las declaraciones públicas de terceras personas en las que se puede identificar claramente al afectado, en las que se imputan a un individuo que no es una figura pública ni un político, acciones reprochables e incluso ilegales, cuestionan la reputación de una persona, lo que recae en la esfera de protección de la vida privada²³³.

²³⁰ *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Artículo 11.

²³¹ *Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano*. Artículo IV.

²³² *Convenio Europeo para la Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*. Artículo 8.1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 8.2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

²³³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos., *Caso de Ageyevy v. Rusia*. Aplicación No. 7075/10. Sentencia de 18 de abril de 2013. Párrafo 217.

Al igual que la CADH, el Convenio Europeo tiene como limitación a la libertad de expresión, la reputación de otros²³⁴. Tanto para la Corte Europea como para la Corte IDH, el derecho a la honra y dignidad se recoge dentro del derecho a la privacidad, que está caracterizado por quedar “exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública”²³⁵. Por otro lado, a nivel de protección universal, el Pacto Internacional contempla en el artículo 17 la prohibición de ataques ilegales o abusivos en contra de la honra y reputación de las personas, y el derecho a la protección de la ley contra las injerencias arbitrarias²³⁶.

Cabe recalcar que no resulta únicamente una invasión a la privacidad, una injerencia positiva, sino que también la falta de actuación de un Estado en proteger la reputación o la vida privada de un individuo en contra de interferencias de terceras personas²³⁷, puede constituir violación al derecho protegido.

Pero ¿qué se entiende por honor y por reputación? La Corte IDH ha hecho una apreciación bastante amplia sobre el tema, y ha diferenciado que “la honra se relaciona con la estima y valía propia, mientras que la reputación se refiere a la opinión que otros tienen de una persona”²³⁸. Son términos que podrían quedar a la interpretación del sujeto afectado ya que se podría decir que lo que es valioso para una persona como parte de su dignidad, puede ser que para otra persona no lo sea. Es por esta razón que la justificación de una interferencia en este derecho, tiene que ser analizada caso por caso y ser compatible con la CADH. Dentro del sistema regional interamericano, se han determinado violaciones a este derecho, dentro de los siguientes aspectos:

- a) Afrentas a la honra y dignidad;
- b) Publicidad adversa (ataques contra la reputación);

²³⁴ *Convenio Europeo para la Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*. Artículo 10.2.

²³⁵ Op. Cit. Corte I.D.H., *Caso Tristán Donoso v. Panamá*. Párrafo 55.

²³⁶ *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Artículo 17.

²³⁷ Op. Cit. Tribunal Europeo D.H., *Caso de Ageyev v. Rusia*. Párrafo 218.

²³⁸ Op. Cit. Corte I.D.H., *Caso Tristán Donoso v. Panamá*. Párrafo 57.

c) Injerencias en la correspondencia y en las telecomunicaciones dentro del concepto de vida privada²³⁹.

En relación al literal a) la Corte IDH ha establecido que, el derecho a la honra y dignidad protegido bajo el artículo 11 de la CADH contiene la protección de la vida privada, que es un término amplio y no puede ser sometido a definiciones exhaustivas²⁴⁰. Pero comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer relaciones con otros seres humanos²⁴¹. Una violación sexual, es un ataque deliberado que vulnera la dignidad del ser humano y significa la invasión más grande a la privacidad, porque anula completamente el control sobre sus decisiones propias e íntimas. De ahí que el artículo 11 contempla el derecho a la intimidad²⁴². Entonces como se puede observar, desde la descripción de “vida privada”, se puede decir que incluye varios aspectos de la vida del individuo como un derecho personalísimo, no se limita a la protección de la vida sexual de las personas, si no a otros ámbitos de la intimidad que tendrían que ser analizados caso por caso a la luz de las disposiciones de la Convención Americana.

El Tribunal Europeo, ha señalado que el concepto de vida privada se extiende a los aspectos que se relacionan con la identidad personal, como por ejemplo el nombre o una imagen e incluye también la integridad física y psicológica de la persona. Pero, lo que pretende garantizar este derecho es asegurar el desarrollo individual de la personalidad en sus relaciones con otros, sin interferencias externas. En consecuencia, para el Tribunal Europeo existe una zona en la que una persona interactúa con otros, incluso en un contexto público, que dependiendo el caso puede caer en la esfera de la privacidad²⁴³. De ahí la necesidad de proteger el honor y reputación de las personas, para garantizar que no existirán ataques

²³⁹ Op. Cit. Cfr. Tara Melish. “*La protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*”. Pág. 323.

²⁴⁰ Corte I.D.H., *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216. Párrafo 119.

²⁴¹ *Ibíd.*

²⁴² CIDH., *Informe No. 38/96, Caso 10.506, X y Y (Arg.)*, 15 de noviembre de 1996 en el Informe Anual 1996 en Op. Cit. Tara Melish. “*La protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*”. Pág. 324.

²⁴³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso de Pfeifer v. Austria*. Aplicación No. 12556/03 Sentencia de 15 noviembre de 2007. Párrafo 33.

ilegales en su contra y dañar su relación con los seres a su alrededor, ya que esta convivencia forma parte del libre desarrollo de la personalidad.

Por otro lado, la Corte IDH ha establecido en el caso *Escher vs. Brasil*²⁴⁴ también que la divulgación de información a cargo del Estado sin el consentimiento del afectado, recolectada mediante interceptaciones telefónicas injustificadas y guardadas mediante secreto de justicia, sean estas o no reproducidas por la prensa, constituye una violación al derecho a la vida privada, a la honra, dignidad y reputación de la persona, en el contexto que esa difusión relacionó ciertas personas privadas con organizaciones vinculadas a la práctica de actividades delictivas, sin existir una sentencia que lo afirme²⁴⁵.

Como se puede observar, el concepto de vida privada, e injerencias a la honra y dignidad puede ser sumamente amplio ya que se refiere a una esfera en la que las personas pretenden mantenerse para sí mismos y no tienen la voluntad de exhibir públicamente ni de compartir en sus relaciones con otros. A esto, la Corte Suprema de los Estados Unidos, la ha llamado *expectation of privacy* o una esperanza de privacidad (la traducción es mía). Es decir que debe mantenerse en la esfera de lo privado aquello que una persona razonable considera para sí mismo. Lo que una persona expone al público voluntariamente no es sujeto de protección de la Cuarta Enmienda que protege la privacidad. Pero, lo que una persona busca preservar como privado, incluso en un área que sea accesible al público, puede ser protegido²⁴⁶.

Por ejemplo, en el caso *Katz v. Estados Unidos*, una persona estaba siendo investigada por violar la ley federal que prohíbe las apuestas, realizó unas llamadas desde una cabina telefónica en la que la cubierta era de vidrio transparente y se podía ver que lo estaba haciendo. Los agentes de investigación interceptaron la cabina para escuchar lo que decía. Esto sin una orden judicial. La Corte Suprema señaló que no por el hecho que pueda verse a una persona hablar en una cabina pública, se puede permitir una invasión irrazonable del gobierno, porque la persona que entra a realizar la llamada en una cabina cerrada de vidrio no

²⁴⁴ Corte I.D.H., *Caso Escher y otros Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200.

²⁴⁵ *Ibíd.* Párrafos 157-168.

²⁴⁶ Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica. *Katz v United States* 398 US 347 (1967).

pretende ser invisible a los ojos de las personas pero si evitar *the uninvited ear* o el oído no invitado (traducción es mía). En cualquier lugar que una persona se encuentre tiene el derecho de saber que estará libre de injerencias arbitrarias²⁴⁷. De acuerdo a la jurisprudencia americana una invasión a la privacidad por parte directa del gobierno se encuentra protegida por la Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos y para que una interferencia en la privacidad sea razonable y pueda ser justificada tiene que verificarse si consta de supervisión judicial, debe ser determinada en tiempo y espacio, de acuerdo a las exigencias de las circunstancias, la necesidad, y en busca de un propósito de interés general²⁴⁸.

Así todas las personas privadas tienen el derecho a no ser molestado (*right to be let alone*). Concepto que la misma Corte Suprema ha adoptado de la teoría de la privacidad de Warren y Brandeis²⁴⁹. Esta teoría desarrollada a finales del siglo XIX se centra en que la protección de la privacidad, no puede ser únicamente aceptada mediante la protección de lugares, de derechos de autor, del derecho a la propiedad, ni condicionada por la veracidad de los hechos, ni por la ausencia de malicia, sino porque se protege el derecho mismo a mantenerse en la esfera privada. Sin embargo, existen límites también dentro de esta teoría como la libertad de expresión y el interés general, la publicación voluntaria de información o el consentimiento y la difusión autorizada, pero todo el mundo tiene el derecho a reclamar los daños derivados de una publicación no deseada²⁵⁰.

Lo mismo ha señalado la Corte IDH, que aunque existan distintos estándares de aplicación y análisis de los derechos como se ha ido viendo durante este capítulo, toda persona sin importar su carácter de público o privado, tiene el derecho de acudir a las cortes nacionales conforme la ley interna, si se siente afectado en su derecho a la honra y reputación²⁵¹. Pero son las cortes las que deberán motivar debidamente las decisiones tomadas en el plano interno y justificar de manera suficiente, la intervención en el derecho protegido. Volviendo un poco al

²⁴⁷ Ibíd.

²⁴⁸ Ibíd.

²⁴⁹ Warren and Brandeis. "The right to privacy". Vol. VI No. 5 *Harvard Law Review*. Fecha de Publicación 15 diciembre 1980.

²⁵⁰ Ibíd.

²⁵¹ Op. Cit. Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Párrafo 101.

tema del uso del sistema penal punitivo para proteger el derecho al honor, si bien los Estados pueden regular su legislación interna dentro de los parámetros aceptados por la CADH, la penalización de los delitos contra el honor puede no ser la medida adecuada para alcanzar el objetivo de proteger el honor. Porque al ser un concepto tan amplio, el legislador no puede precisar cuáles son las conductas sancionadas sino establecer un criterio de afectación subjetiva en la presunta víctima, las exigencias de la carga de la prueba aumentan, al igual que la discreción judicial, y se podría ver afectada también la seguridad jurídica. Además, el poner en la cárcel al responsable no retracta lo dicho ni la información vertida que originó el daño. Más eficiente para cumplir con el objetivo de proteger la honra y reputación, podría ser una rectificación, disculpa o respuesta en el mismo medio con el que se causó el daño²⁵². Adicionalmente, si el daño es grave una indemnización civil o administrativa de ser el caso, podría alcanzar el objetivo antes que una medida penal. Esto sin mencionar, que si la información vertida es de interés general acerca de una figura pública, podría haber una exención de responsabilidad incluso civil si no se justifica una intervención en el derecho a la libertad de expresión.

En cuanto al punto b) de publicidad adversa, se refiere a la afectación de la reputación, que se ha hecho una breve introducción en los párrafos anteriores. También se puede hacer referencia al caso que resolvió la CIDH en el informe de *José Francisco Gallardo vs. México*²⁵³. Se consideró que el General Francisco Gallardo fue víctima de la violación al derecho a su honor ya que existió una campaña difamatoria en su contra desde 1988 hasta 1993 año en el que se lo detiene. Esta campaña estaba propiciada por la Secretaría de Defensa Nacional. Ocurrió como represalia por una publicación que hizo la revista FORUM en México con la tesis del General Francisco Gallardo y “Las necesidades de un Ombudsman Militar en México”. No fue únicamente una réplica en un medio de información, sino que se dio una serie de procesos penales infundados en su contra, constantes campañas en las que se acusaba

²⁵² El derecho de rectificación se reconoce en la *Constitución de la República del Ecuador* en el artículo 66 Numeral 7. Al igual que el artículo 14.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene el derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley”.

²⁵³ CIDH., *Informe No. 43/96 José Francisco Gallardo v. México. Caso 11.430*. Informe de 15 de octubre de 1996.

al General de malversación de fondos, de injuriar a las fuerzas militares así como también fue víctima de hostigamientos, detenciones y encarcelamientos²⁵⁴.

La CIDH ha encontrado también violaciones al artículo 11 de la CADH debido a campañas difamatorias a cargo del Estado, en contra de trabajadores religiosos y de defensores de derechos humanos que han sido atacados por realizar actividades que promuevan el mejoramiento de las condiciones de vida de los pobres²⁵⁵. Se puede concluir que la responsabilidad internacional del Estado por violación al artículo 11 en el contexto de campañas difamatorias, puede darse por una campaña propiciada por el Estado o con la aquiescencia del mismo.

Pero no es únicamente cuando el Estado apoya una campaña difamatoria, sino también vulnera el derecho a la privacidad, el hecho de publicar información protegida con secreto judicial sin una ley adecuada que lo ampare como por ejemplo en el caso *Escher*²⁵⁶ resuelto por la Corte IDH. En cuanto al literal c), también se ha desarrollado el análisis desde la perspectiva de la protección de la correspondencia y las telecomunicaciones. La Corte IDH, ha establecido sobre la privacidad en las comunicaciones que:

En definitiva, la protección a la vida privada se concreta en el derecho a que sujetos distintos de los interlocutores no conozcan ilícitamente el contenido de las conversaciones telefónicas o de otros aspectos, como los ya mencionados, propios del proceso de comunicación²⁵⁷.

Esto puede ser aplicado *mutatis mutandi* no sólo en los casos de interceptaciones telefónicas, sino también en casos que se involucren procesos de comunicación, como por ejemplo, envío y recepción de correos electrónicos y sistemas de mensajería instantánea. En cuanto a los “otros aspectos ya mencionados” de la cita anterior, se refiere a que el artículo 11 protege las conversaciones que se realizan por medio de líneas telefónicas, ya sea que se

²⁵⁴ Id. Párrafos 72-77.

²⁵⁵ CIDH, Informe No. 31/96, Caso 10.526, *Diana Ortiz* en Op. Cit. Tara Melish, *La protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Pág. 324

²⁵⁶ Corte I.D.H., *Caso Escher y otros Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200.

²⁵⁷ Id. Párrafo 114.

encuentren instaladas en residencias de particulares o en oficinas, sin importar la naturaleza de la conversación ni su contenido. También se aplica a:

Operaciones técnicas dirigidas a registrar ese contenido, mediante su grabación y escucha, como cualquier otro elemento del proceso comunicativo mismo, por ejemplo, el destino de las llamadas que salen o el origen de las que ingresan, la identidad de los interlocutores, la frecuencia, hora y duración de las llamadas, aspectos que pueden ser constatados sin necesidad de registrar el contenido de la llamada mediante la grabación de las conversaciones²⁵⁸.

En este sentido, el Tribunal Europeo al igual que la Corte IDH ha establecido que cualquier método de vigilancia que se utilice, como las interceptaciones telefónicas, deben garantizar que cumple y tiene las medidas de protección adecuadas en contra del abuso de la autoridad pública. Esto, depende de las circunstancias del caso, de la naturaleza, de la esfera del mismo, la duración de las medidas posibles y las bases sobre las que se solicita la medida. También debe establecerse quienes son las autoridades competentes para ordenar las medidas, para ejecutarlas y para supervisarlas, adicionalmente cual es el tipo de reparación que ofrece la ley al ciudadano²⁵⁹.

Pero no es suficiente que una restricción esté establecida en la ley. Al igual que el derecho a la libertad de expresión, no es un derecho absoluto que puede ser restringido. Para que se justifique una restricción a la luz del artículo 11 de la CADH tiene que cumplir con el análisis tripartito de: a) estar establecido en una ley, b) proteger un interés legítimo y c) cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir que sea necesario en una sociedad democrática²⁶⁰.

Los requisitos que se mencionan en el párrafo anterior, no son distintos a los explicados en relación al derecho de libertad de expresión. Tienen que estar:

a) Prescrito en la ley:

²⁵⁸ Ibíd.

²⁵⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Klass and others v Germany*. Sentencia de 06 de septiembre de 1978. App. No. 5029/71. Series A no 28. Párrafos 50 y 51.

²⁶⁰ Op. Cit. Corte I.D.H., *Tristán Donoso v. Panamá*. Párrafo 56.

Una medida tomada para interferir con el ejercicio de un derecho, tiene que estar dotada de legalidad. Es decir, que esté establecido en una ley, entendida en el sentido formal y material²⁶¹. Adicionalmente, una ley tiene que ser lo suficientemente clara y precisa, para evitar la arbitrariedad de la autoridad pública. Para que una consecuencia establecida en la ley, por circunstancias determinadas, sea accesible y previsible para el ciudadano²⁶². Por ejemplo, en cuanto a las interferencias telefónicas, la Corte I.D.H ha establecido que la ley debe detallar reglas claras y detalladas de la materia, las circunstancias en las que se puede restringir la privacidad, que personas pueden ordenar, quienes son los llamados a hacerlo y a conducir la actuación, adicionalmente, cual es el procedimiento a seguir, entre otros²⁶³.

b) Debe perseguir un fin legítimo:

De acuerdo al artículo 11.2 de la CADH no se permiten las injerencias abusivas o arbitrarias derecho a la vida privada ni los ataques ilegales en contra de la honra y reputación de las personas. Esto quiere decir que hay interferencias que no son ni abusivas ni arbitrarias. Y que podrían existir interferencias legales en la honra y reputación. Es por esto que se debe cumplir con un fin legítimo establecido previamente en una ley de acuerdo a la Convención Americana. Las restricciones permitidas, tienen como objetivo el alcance del interés general y no contrariar el propósito para el que fueron creadas²⁶⁴.

c) Ser idónea, necesaria y proporcional en una sociedad democrática:

La definición de este criterio es la misma aplicable a la restricción de derechos en general, permitida por los instrumentos internacionales²⁶⁵. La decisión tomada por las cortes nacionales debe responder a una necesidad social imperiosa, ser motivada debidamente y proveer de razones relevantes y suficientes para justificar la intervención en un derecho. Se debe también,

²⁶¹ Op. Cit. Corte I.D.H., *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. OC-6/86. Párrafo 32.

²⁶² Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Sunday Times v. Reino Unido*. Sentencia del 26 de abril de 1979. Párrafo 49.

²⁶³ Op. Cit. Corte I.D.H., *Caso Escher y otros Vs. Brasil*. Párrafo 131.

²⁶⁴ *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Artículo 30.

²⁶⁵ *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Artículo 29(2); *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales* Artículo 8.2; *Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos*. Art. 17.2; *Convención Americana sobre Derechos Humanos* Artículos 11.2 y 30.

escoger dentro de las medidas posibles, la menos restrictiva, que pretenda el goce de los derechos en conflicto al máximo²⁶⁶.

2.6 Limitación del derecho a la honra y reputación de una figura pública frente al ejercicio de la libertad de expresión

Como se mencionó, todas las personas que consideren ha existido una vulneración del su derecho al honor y reputación, tienen el derecho de acudir a las cortes para exigir una compensación por dicha vulneración. Sin embargo, el derecho a la honra debe sufrir una variación sumamente importante cuando se encuentra en conflicto con el derecho a la libertad de expresión, en ciertas circunstancias. Las cortes internacionales, los organismos de derechos humanos a nivel mundial y ciertas cortes nacionales, han establecido parámetros de interpretación de los derechos en conflicto. Cuando estos derechos se encuentran enfrentados y una persona presuntamente agraviada por una declaración hecha en su contra, acude a una instancia judicial, los jueces deben determinar si dicha declaración constituyó un ataque ilegal a la honra y reputación o si esa publicación resulta una contribución al interés general dentro de una sociedad democrática. Para ello se debe tener en consideración el desarrollo de los estándares internacionales aplicables que facilitan al juzgador tener una apreciación sobre ambos derechos y sus limitaciones en el caso. Entre ellos se encuentran los siguientes:

2.6.1 Mayor grado de tolerancia en declaraciones vertidas sobre figuras públicas, funcionarios públicos y particulares expuestos voluntariamente la crítica pública

Cuando una declaración, publicación o cualquier expresión del pensamiento es emitida por una persona en contra de un oficial público, de una figura pública o de un particular que se ha involucrado voluntariamente en asuntos de interés público, debe existir un mayor grado de tolerancia, ya que dicha declaración fomenta el debate público, el control social de la actividad pública y por ende, la transparencia de las actuaciones de interés general.

a. Oficial público:

²⁶⁶ UN Human Rights Council. Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue. *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*. UN Doc A/HRC/17/27, 2011. Párrafo 24.

Un oficial público es una persona que actúa como empleado del Estado o de sus entidades, en los que se incluye todos los poderes estatales, ya sean designados o electos para ejercer funciones en nombre del Estado o al servicio del mismo. En un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y la protección de la honra de funcionarios públicos, se debe hacer un análisis de ponderación a través de un juicio de proporcionalidad, lo que requiere un análisis de caso por caso, de acuerdo a la circunstancia y a las características²⁶⁷. El análisis de la proporcionalidad es indispensable cuando los derechos mencionados se encuentran en conflicto, ya que un ejercicio arbitrario del aparato estatal punible puede convertirse en un mecanismo indirecto de censura, y por otro lado tiene un efecto inhibitorio en los críticos del gobierno y sus funcionarios.

Por la razón mencionada, en relación al derecho a la honra, las expresiones que critican a una persona por el desempeño en un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos, tienen mayor protección o mayor grado de tolerancia, ya que en una sociedad democrática todos los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio público²⁶⁸. Este umbral de protección diferente “no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de la actividad que realiza”²⁶⁹. Las actividades que el funcionario público realiza, están por su naturaleza expuestas a la crítica y por ello la persona que las conduce también, esto sale de la esfera de la vida privada que se encuentra protegida por el artículo 11 de la CADH y por la legislación ecuatoriana, que se mencionó al principio de este capítulo.

b. Una publicación sobre una persona que es una figura pública o sobre un particular que se ha involucrado voluntariamente en asuntos de interés público:

Tiene el mismo umbral de protección que aquella referida a los funcionarios públicos, esto es debido a la propia naturaleza de interés general que la actividad despierta, por ejemplo

²⁶⁷ Corte I.D.H., *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177 Párrafo 51.

²⁶⁸ Corte I.D.H., *Caso Kimel Vs. Argentina*. Párrafo 86; Corte I.D.H. *Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica*. Párrafo 129; Corte I.D. H. *Caso Ricardo Canese v. Paraguay*, Párrafo 103; Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne v. Chile* Párrafo 82; Corte I.D.H., *Caso Ivcher Bronsteir v. Perú*. Párrafo 155; Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos. *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión en África*. Principio XII; Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión*. Principio 11.

²⁶⁹ Corte I.D.H., *Caso Kimel v. Argentina*. Párrafo 86.

los políticos, deportistas, cantantes, miembros de la realeza, etc.²⁷⁰ Entonces, para determinar si una declaración vertida sobre una persona que ejerce una actividad de naturaleza pública, ha constituido injerencia arbitraria en la vida privada y ha afectado la reputación, se debe considerar el carácter de la persona presuntamente agraviada y del interés público de las acciones que realizan y sobre las cuales se vierten las declaraciones²⁷¹. Con esto se puede decir que los oficiales públicos son figuras públicas no por su calidad de empleados públicos, pero por la actividad pública que realizan y lo mismo en las figuras públicas que no son funcionarios públicos.

2.6.2 La protección a la honra y reputación de los oficiales públicos, figuras públicas o un particular que se ha involucrado voluntariamente en asuntos de interés público debe estar garantizada por sanciones civiles e implementación del estándar de la real malicia

Las sanciones penales en contra del honor de manera general, establecidas en las leyes de difamación, injurias, calumnias, etc., en el marco de protección universal y en relación al PIDCP, deben ser eliminadas y reemplazadas para cuando sea necesario únicamente con sanciones civiles apropiadas²⁷². Esto debe ser adoptado progresivamente por los Estados. En el evento que aún existan leyes penales contra la difamación se debe garantizar que la parte actora pruebe que ha sido difamada, más allá de la duda razonable, es decir que se cumplan todos los elementos del tipo penal y además se debe probar que la declaración consiste de un hecho falso, que la publicación se hizo a sabiendas que el hecho era falso, o con negligencia manifiesta sobre si la publicación era o no falsa y que fue realizada con la intención de causar daño²⁷³.

²⁷⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso de Von Hannover v. Alemania*. Aplicación No 40660/08. Sentencia de 07 de febrero del 2012. Párrafo 110.

²⁷¹ Corte I.D.H., *Caso Fontevecchia y D'Amico v. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C. No. 238. Párrafo 59.

²⁷² United Nations Commission on Human Rights. *The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*. Principle 4. E/CN.4/1985/4. Publication Date. 28 September 1984.

²⁷³ *Ibíd.*

Lo mencionado anteriormente se conoce como la doctrina o el estándar de la real malicia²⁷⁴, que ha sido aplicado por la Corte I.D.H, en el caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*²⁷⁵, el Tribunal consideró que una opinión que contiene un hecho fáctico sobre funcionarios públicos, en el caso mencionado sobre miembros de las Fuerzas Armadas, por ser una opinión no puede ser sancionada ni condicionada a la veracidad de la misma. Adicionalmente la opinión del general retirado Usón Ramírez, en la que explicaba el funcionamiento de un lanzallamas y dio su opinión respecto de un incendio que ocurrió en la celda de una cárcel, aparentemente provocado por el lanzallamas. El señor Usón Ramírez manifestó que para ocasionar un incendio de dicha manera el aparato tuvo que haber sido usado con premeditación y además manifestó que de ser cierta esa afirmación, sería muy grave. A raíz de esta opinión fue condenado por las cortes domésticas a prisión de cinco años y seis meses por el delito de injurias en contra de las Fuerzas Armadas. La Corte IDH señaló que la opinión se encontraba condicionada al hecho de “ser cierta”, por lo que dada la naturaleza de la declaración se puede evidenciar que no existió el ánimo de injuriar ni de menospreciar, así que la sanción establecida resultó desproporcionada e innecesaria en una sociedad democrática²⁷⁶.

Esta doctrina ya ha sido aplicada también por los tribunales nacionales de Estados Unidos, Argentina, Bolivia, Perú, Panamá, México y Uruguay²⁷⁷. Resulta importante implementar el estándar de la real malicia en la jurisprudencia interna, en especial dentro del Ecuador donde las demandas iniciadas por funcionarios públicos por injurias se han evidenciado en los últimos tiempos. Nadie puede ser sancionado por sus propias opiniones vertidas en el ejercicio de la libertad de expresión, esto debe ser entendido como una regla en el sentido que el criterio que una persona tiene respecto de algo sea correcto o incorrecto debe ser respetado tanto por el derecho individual que posee como por el derecho que tienen los demás de recibirlo. En el

²⁷⁴ Op. Cit. CIDH. *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión*. Principio 10. “[...] En estos casos debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas”.

²⁷⁵ Corte I.D.H., *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207.

²⁷⁶ *Ibíd.* Párrafo 86

²⁷⁷ Op. Cit. CIDH., Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. “Recomendaciones y Conclusiones”. *Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión 2012*. Capítulo V. Págs. 216-219.

evento que una opinión sobre un tema de interés público exceda la esfera del criterio respecto de algo y contenga un hecho fáctico debe que ser analizada a partir del estándar de la real malicia.

En el caso de un comunicador, se debe probar que tenía pleno conocimiento que se estaba difundiendo una noticia falsa o que se condujo con “manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas”²⁷⁸, además que el autor de la publicación tuvo la intención de infligir daño y de destruir la reputación de la persona.

Esta doctrina, tuvo su origen con la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en el caso *New York Times v. Sullivan*²⁷⁹, en la que señaló que las publicaciones o deliberaciones sobre un oficial público que contienen parte opinión y parte fáctica, sobre su calidad y en crítica a la actividad pública tienen la defensa del privilegio o de la buena fe es decir que una opinión que contiene un hecho erróneo puede ser emitida honestamente, y esto debe ser protegido. Si la única defensa que se otorga al demandado es la veracidad de los hechos, el propio Estado está condenado al silencio y a la ausencia de control social sobre las actuaciones del poder público y sus funcionarios. El análisis de las cortes no debe recaer en que las deliberaciones son o no injuriosas por sí mismas, sino el análisis debe hacérselo con otros criterios, si se trata o no de una crítica a una figura pública en el ejercicio de sus funciones, la importancia del contexto en el que se emitió la opinión y la importancia para el debate público. Por esta razón la carga de la prueba recae en el demandante (querellante), no basta el decir que se ha afectado el honor y reputación del oficial público sino que la evidencia debe ser inequívoca, clara y convincente para que pruebe la real malicia (*actual malice*), es decir que pruebe que la publicación fue hecha con mala fe, de forma deliberada y maliciosa con conocimiento de la falsedad de los hechos y con la intención de causar daño real por motivos de venganza que no tienen relación a la crítica realizada sobre las relaciones públicas y la actividad pública²⁸⁰.

²⁷⁸ Op. Cit. CIDH., *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión*. Principio 10.

²⁷⁹ Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica. *New York Times Co. v. Sullivan*. (No. 39) 273 Ala. 656, 144 So.2d 25. Sentencia de 9 de marzo de 1964.

²⁸⁰ *Ibíd.*

Por otro lado, la Declaración de Principios de Siracusa establece que las autoridades públicas no deben iniciar procesos penales por difamación, sin importar su nivel de cargo. Así como también, el Principio 8 del documento mencionado establece que bajo ninguna circunstancia, una ley que contempla el derecho de buscar compensaciones por difamación e injurias, puede proveer de especial protección a los oficiales públicos sea cual sea su status. Esto también ha sido desarrollado en el marco regional interamericano y se ha determinado que las *leyes de desacato* atentan de por sí contra la libertad de expresión y el derecho a la información²⁸¹. Colocan al ciudadano en un plano de desventaja frente al funcionario público que tiene toda la fuerza coercitiva del Estado, esto crea un efecto inhibitor en quien quisiera criticar al gobierno de turno, cierra la posibilidad que exista un debate público y por ende desestabiliza el valor esencial de la democracia que es la participación ciudadana²⁸². El mismo criterio, considero debe aplicarse en general a las leyes penales que penalizan las injurias, calumnias o difamación, que aunque no tengan una protección especial para funcionarios públicos, al ser utilizadas por éstos tienen el mismo efecto amedrentador, porque la autocensura no se da únicamente por la misma existencia de las leyes de desacato sino por el miedo a ser reprimido con una sanción penal por la emisión de un comentario que pueda disgustarle al funcionario o figura pública. No existe diferencia en abolir las leyes de desacato y permitir iniciar procesos penales bajo otras de leyes de difamación a los funcionarios públicos.

Por esta razón, en el último Informe Anual del 2012 de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, se busca promover la modificación de las leyes de desacato existentes en los países, entre ellos el Ecuador. Así como también la modificación de leyes penales de difamación cuando se difunde información sobre asuntos de interés público, sobre funcionarios públicos, sobre personas que voluntariamente se han interesado en asuntos de interés general a leyes en el ámbito del derecho civil. Para ello, es importante promover la aplicación de los estándares interamericanos en proceso de reforma, que contemplen el

²⁸¹ Op. Cit. CIDH., Principio 11. *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión*.

²⁸² CIDH., Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. “Leyes de desacato”. *Informe Anual de Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*. Capítulo IV. Sección A.. 1998. <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/desacato/Informe%20Anual%20Desacato%20y%20difamacion%201998.pdf>>. Págs. 37 y 38.

estándar de la real o actual malicia, en procesos contra personas que emiten declaraciones sobre funcionarios públicos o en relación a temas de interés general²⁸³.

Por otro lado y en cuanto a la existencia de sanciones penales, la Corte IDH ha señalado no toda medida penal en contra del honor es contraria a la Convención Americana. Pero en el evento que exista una sanción penal para el tipo de actuaciones en cuestión, establece que debe ser analizada con especial cautela, ya que las sanciones penales deben ser utilizadas como *ultima ratio* y ser estrictamente conformes al principio de legalidad. De esta forma, se debe analizar en el caso:

la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales. En todo momento la carga de la prueba debe recaer en quien formula la acusación²⁸⁴.

Debe existir una estricta relación y proporcionalidad entre el tipo penal y la sanción que una persona recibe por incurrir en un ataque a la honra, de tal manera que se pueda considerar que la interferencia en la libertad de expresión cumpla con los requisitos de restricción de ser establecido en la ley, en busca de un interés legítimo y de ser necesario en una sociedad democrática. No está por demás mencionar que la carga de la prueba debe recaer completamente en quien formula la acusación y hacer caso omiso del estándar de la real malicia, nos llevaría de regreso en el tiempo y aceptar la prohibición de criticar al rey, al reino y sus representantes.

Esta posibilidad abierta que ha dejado la Corte IDH, sigue dando paso a los Estados al uso de tipos penales que pueden no ser precisos y contradecir la esencia misma de una sociedad democrática. Aunque se aumente la exigencia en la carga de la prueba y se promueva el uso de estándares para determinar la responsabilidad penal, la opción de un proceso penal y por ende una sanción penal sigue siendo una opción dentro de la legislación. Esto contraría la idea que nadie puede ser sancionado por sus opiniones sobre un tema, y en el caso de contener un hecho fáctico la compensación monetaria resulta ser más efectiva si se prueba la real malicia, que privar a una persona de su libertad, porque al privarla no se ordena una respuesta o

²⁸³ Op. Cit. CIDH., Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. “Recomendaciones y Conclusiones”. *Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión 2012*. Capítulo V. Pág. 257.

²⁸⁴ Op. Cit. Corte I.D.H., *Caso Kimel v. Argentina*. Párrafo 78.

rectificación. Al final la réplica o rectificación, termina siendo una solución que mantiene despierto el debate libre y a la vez protege el derecho al buen nombre y reputación. Es una solución que permite la conciliación de los dos derechos en conflicto. Por esta razón, considero que se debe avanzar hacia la despenalización de las injurias y los delitos contra el honor en los casos de interés general.

2.6.3 Diferencia entre opinión y hecho fáctico: defensas de reporte fiel, defensa razonable e información en el dominio público

De lo mencionado anteriormente, se debe hacer hincapié en la importancia de diferenciar una opinión de un hecho fáctico. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define al término “opinión” como un “dictamen o juicio que se forma de algo cuestionable”²⁸⁵. En consecuencia, las opiniones no son susceptibles de ser verdaderas o falsas²⁸⁶ como mencioné en el punto anterior, es simplemente una conjetura que se forma sobre algo. Nadie puede ser responsable bajo la ley, por la expresión de una opinión²⁸⁷. Es decir, sobre un juicio que no contiene una connotación fáctica que pudiera ser probada como falsa o sobre un juicio que aunque tenga la mención a un hecho fáctico pueda ser interpretado como razonable, de acuerdo a las circunstancias del caso, incluyendo el lenguaje que se utilice como la sátira, la retórica, la hipérbole y otras figuras literarias²⁸⁸.

Por otro lado, las expresiones sobre hechos pueden ser o no falsos. De ahí que una afirmación verdadera sobre un hecho en el caso de un funcionario público en temas de interés general, se encuentra protegida en el ámbito de la libertad de expresión y la CADH²⁸⁹. Pero cuando la expresión de un hecho contiene un supuesto de falsedad o inexactitud, y se alega una afectación al honor, se está ante un supuesto distinto. Es ahí donde se debe realizar el análisis tripartito sobre las restricciones a la libertad de expresión, la legalidad de la interferencia en el derecho, el objetivo legítimo de la ley y la idoneidad, proporcionalidad y

²⁸⁵ Real de la Real Academia de la Lengua Española. “Opinión”. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*. Vigésima Segunda Edición Online. <<http://lema.rae.es/drae/?val=opini%C3%B3n>>.

²⁸⁶ Op. Cit. Corte I.D.H., *Caso Tristán Donoso v. Panamá*. Párrafo 124.

²⁸⁷ United Nations Commission on Human Rights. *Siracusa Principles*. Principle 10.

²⁸⁸ *Ibíd.*

²⁸⁹ Op. Cit. Corte I.D.H., *Caso Tristán Donoso v. Panamá*. Párrafo 124.

necesidad de la medida. Es importante considerar el contexto en el que una afirmación fue emitida y cuáles fueron las circunstancias en las que se emitió²⁹⁰, de esta manera se pudiera estar ante un supuesto de real malicia que ya se explicó, de reporte fiel, de defensa razonable o de información en el dominio público.

Los funcionarios judiciales deben analizar el conflicto entre los derechos bajo los estándares aplicables, entre ellos el reporte fiel o *faithful reporting*. Esta última se refiere a “si una noticia se limita a reproducir declaraciones o informaciones de terceros, siempre que se cite la fuente o bajo reserva de fuente no estará sometido a pruebas de veracidad”²⁹¹. Por ejemplo, en el caso de *Herrera Ulloa v. Paraguay*²⁹², la Corte IDH consideró que la condena impuesta al periodista Herrera Ulloa por haber hecho declaraciones atribuidas a una fuente tercera, un periódico belga en este caso, resultada ser una limitación excesiva a la libertad de expresión²⁹³. La comisión de un delito debe ser analizada de acuerdo a todos los elementos de la conducta típica y haber tenido la intención de causar daño, si se está repitiendo información producida por una tercera persona y se cita la fuente, quien elabora la reproducción fiel no generó la información sino la reprodujo, de lo que se puede concluir que aunque una afirmación de hechos sea o no falsa, si es una fiel reproducción, se encuentra protegida por la libertad de expresión.

Adicionalmente, frente a una declaración vertida sobre un hecho fáctico se debe analizar también el principio de *defensa razonable*²⁹⁴, o excepciones similares como la “debida diligencia” y la “buena fe”, algunas veces resulta razonable la publicación de hechos que no pueden ser probados como verdaderos ya sea por la falta de acceso a la información pública, o por una información que resulta de alto interés general, de acuerdo a las circunstancias actuales y debe ser informado sin poder probar la veracidad por la inmediatez y urgencia del caso.

²⁹⁰ Op. Cit. Corte I.D.H., *Caso Tristán Donoso v. Panamá* Párrafo 123; Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese v. Paraguay*. Párrafo 105.

²⁹¹ Op. Cit. CIDH., Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. “Recomendaciones y Conclusiones” *Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión 2012*. Capítulo V. Pág. 219.

²⁹² Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.

²⁹³ Op. Cit. Corte I.D.H., *Caso de Herrera Ulloa v. Paraguay*. 131-133.

²⁹⁴ United Nations Commission on Human Rights. *Siracusa Principles*. Principle 9.

Por ejemplo, durante las elecciones presidenciales del año 2013 en Venezuela, empezaron a circular una serie de videos en las redes sociales en las que se podía ver que los votos estaban siendo inducidos por miembros del gobierno, o que enseñaban la quema de papeletas de votación, etc., que existían detenidos por delitos electorales, etc.,²⁹⁵ es un tema de inmediato interés no solo dentro del país, sino también a nivel mundial. La afirmación de una frase tal como “Fraude electoral en Venezuela”, puede encajar dentro del principio de defensa razonable, aunque no esté probado el hecho, dada la urgencia, la gravedad de la situación, y la necesidad de la información en tiempo y en espacio real, resulta razonable una publicación dentro de esas circunstancias²⁹⁶, ya que prima el interés general y el derecho colectivo a recibir información²⁹⁷. También podría encajar dentro del principio de ser una información dentro del dominio público, sea o no probada u obtenida de manera legal o ilegal²⁹⁸.

2.6.4 Menor grado de tolerancia si la declaración es emitida por un oficial público en un contexto de conflicto social

Se debe tener un menor grado de tolerancia sobre declaraciones y publicaciones vertidas por funcionarios y figuras públicas, por el efecto que pueden tener en un contexto de conflicto o polarización social. Los funcionarios públicos, en especial aquellos que ejercen los altos mandos deben constatar de manera razonable, los hechos en los que se funda una afirmación y deben hacerlo con mayor diligencia que los particulares para no contribuir a una manipulación

²⁹⁵ *NoticiasCaracol*. “Denuncias de fraude: el lunar de las elecciones en Venezuela”. Portal Web NoticiasCaracol.com. Fecha de publicación 13 de abril del 2013. Fecha de acceso 29 de abril del 2013. <<http://www.noticiascaracol.com/mundo/video-291637-denuncias-de-fraude-el-lunar-de-elecciones-venezuela>> .

²⁹⁶ United Nations Commission on Human Rights. *Siracusa Principles*. Principle 9.

²⁹⁷ Article 19, Global Campaign for Freedom of Expression. *Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to information*. Principle 13. International Standards Series; ISBN 1 870798 89 9. Adopted in Johannesburg, 1 october 1995. “These Principles were adopted on 1 October 1995 by a group of experts in international law, national security, and human rights convened by ARTICLE 19, the International Centre Against Censorship, in collaboration with the Centre for Applied Legal Studies of the University of the Witwatersrand, in Johannesburg. These Principles have been endorsed by Mr. Abid Hussain, the UN Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, in his reports to the 1996, 1998, 1999 and 2001 sessions of the United Nations Commission on Human Rights, and referred to by the Commission in their annual resolutions on freedom of expression every year since 1996”. Se puede encontrar en <<http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=category&category=LEGAL&publisher=ART19&type=&coi=&docid=4653fa1f2&skip=0>>.

²⁹⁸ Id. Principle 17.

de hechos²⁹⁹. Esto se debe a la necesidad y el derecho que tiene la sociedad a que las personas a cargo de la actividad pública sean íntegras y transparentes en el ejercicio de sus funciones. Si se encuentra la información manipulada se pierde la confianza en la autoridad y se crea inestabilidad en la sociedad democrática.

2.6.5 Naturaleza de la publicación sobre una figura pública: sobre interés general o respecto a la vida privada

Otro punto que se debe considerar en relación a una publicación sobre una figura pública, es que a parte de recaer sobre una persona que de por sí tiene un mayor grado de tolerancia por haberse expuesto voluntariamente a la crítica pública, se debe considerar si se refiere a la vida privada de la persona o al ejercicio de su actividad de interés general. De ahí se podría diferenciar en tres tipos de publicaciones:

a) Publicaciones sobre actividades de interés general:

En este sentido se puede hacer alusión a lo mencionado anteriormente, en cuanto a que la declaración no debe ser analizada en relación a la presunta afectación de la persona, sino debe recaer en el interés público que la actividad despierta y el derecho colectivo a la información³⁰⁰.

b) Publicaciones sobre esferas de la vida privada vinculada al interés general:

Un oficial público, una figura pública, o un individual que voluntariamente se ha expuesto a la crítica pública puede estar sujeto a injerencias en su vida privada cuando se encuentra vinculado a las actividades de interés público. Por ejemplo, en el caso *Fontevecchia y D'Amico v. Argentina*³⁰¹, la Corte IDH estableció que una publicación en la revista Noticias que trataba sobre la existencia de un hijo extramatrimonial del ex presidente Carlos Menem

²⁹⁹ Op. Cit. CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. “Recomendaciones y Conclusiones”. *Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión 2012*. Capítulo V. Pág. 229; Op. Cit. Corte I.D.H., *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Párrafo 139; Corte I.D.H., *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Sentencia de 28 de enero de 2009 . Serie C. No. 195. Párrafo 151.

³⁰⁰ Op. Cit. Corte I.D.H., *Caso Kimel v. Argentina* Párrafo 86; Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica*. Párrafo 129; Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese v. Paraguay*. Párrafo 103.

³⁰¹ Corte I.D.H., *Caso de Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre del 2010. Serie C. No. 154.

con la diputada peronista Martha Meza, en el que además se hablaba sobre una serie de regalos cuantiosos que le hacía el ex presidente a su hijo y la madre, de cómo se sentía la esposa del ex presidente y sobre supuestos favores económicos y políticos al esposo de la señora Meza.

Estos asuntos que son aspectos de la vida privada, revelan un interés público en la actuación ya que corresponde a los ciudadanos hacer críticas sobre la integridad y rectitud de quienes manejan la administración pública. Si bien no se hizo alusión a una posible utilización de fondos públicos, existía una posibilidad de cuestionar los supuestos favores y además el manejo de la vida privada de una figura política puede cuestionar el manejo de la actividad pública. Adicionalmente, este era un hecho que desde años atrás había entrado en la esfera del dominio público y la actividad del demandante en el ámbito interno no sugirió su inconformidad con las publicaciones pasadas, por ende no se podía afirmar la existencia de una afectación a la honra del ex presidente. Así, la Corte IDH concluyó que el procedimiento civil dentro de Argentina, la atribución de responsabilidad civil desproporcionada, las indemnizaciones dictadas más intereses, costas y gastos y la orden de publicar un extracto de la sentencia en la prensa, afectaron el derecho a la libertad de expresión de los periodistas³⁰².

c) Publicaciones sobre vida privada de la figura pública:

Este tipo de publicaciones ha sido analizado por el Tribunal Europeo, por ejemplo en el caso *Von Hannover v. Alemania*³⁰³ y ésta ha determinado que en los casos en los que se enfrentan estos derechos que son del mismo nivel de protección, se debe balancear y ponderar para determinar si se justifica la interferencia en la libertad de expresión frente a la protección del derecho a la honra o viceversa. Para ello, la Corte se hizo una serie de preguntas:

- ¿Contribuye la publicación al interés social para que pueda ser justificada?
- ¿Qué tan conocida es la persona en cuestión que es sujeto de la publicación?

³⁰² Ibíd. Párrafos 61-64.

³⁰³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso de Von Hannover v. Alemania*. Aplicación No 40660/08. Sentencia de 07 de febrero del 2012. Párrafo 110.

Esto se debe al rol que tiene la persona en la sociedad y a la naturaleza de las actividades sobre las que versa una publicación. Un privado desconocido al público puede aclamar su privacidad aún en un contexto público, pero en relación a las figuras públicas o políticas, eso no es tan cierto. Por esta razón se debe analizar si la publicación de ciertos hechos contribuye al debate democrático, de carecer este elemento en las publicaciones, el rol de la prensa como un *public watchdog* o un perro guardián público, puede ser menos importante que la privacidad de una figura pública. En otras ocasiones, podría ser al revés. A pesar de ser una persona bastante conocida, como era la Princesa Carolina de Mónaco hija menor del Príncipe Reinor III de Mónaco, si la publicación que revela detalles personalísimos de la vida privada para satisfacer la curiosidad del público, la libertad de expresión requiere un margen menor de interpretación³⁰⁴.

- Cuál fue la conducta previa de la persona presuntamente agraviada.
- Contenido, la forma y las consecuencias de la publicación.
- Cuáles fueron las circunstancias y el contexto en que se realizó la publicación. Así como también determinar cómo se obtuvo la información, existió el consentimiento, cuáles son las consecuencias de la publicación o de la falta publicación y cuál es la gravedad de la intromisión³⁰⁵.

En el caso mencionado, el Tribunal Europeo concluyó al igual que la Corte Federal Constitucional alemana que la publicación de un artículo y una serie de fotografías que revelaban el estado de salud del Príncipe Reinor III de Mónaco y su hija menor Carolina, constituye una publicación que contribuye al interés general, por ser figuras públicas y que aportan a la vida social contemporánea. Adicionalmente, que no estableció un recurso a nivel interno para detener la distribución de las fotografías, que las imágenes obtenidas se las tomó en medio de una calle en St. Moritz (Suiza), en un contexto de constante acecho por su calidad de figuras públicas y que no fueron tomadas de manera ilegal.

También el Tribunal consideró que las fotografías que hacían alusión a la enfermedad del Príncipe y el comportamiento de la familia real en diferentes partes del mundo, no revelan

³⁰⁴ Ibíd. Párrafo 110.

³⁰⁵ Id. Párrafos 110–114.

los aspectos más íntimos de la vida privada ni constituye una grave intromisión. Por esta razón coincidió con el tribunal alemán y valoró el correcto balanceo que realizó la corte nacional entre la libertad de prensa (dentro del derecho a la libertad de expresión) frente el derecho a la protección de la privacidad de una figura pública³⁰⁶.

Se debe resaltar, que este es un análisis que debe de hacerse caso por caso y no se puede separar de los principios que caracterizan a cada derecho para que se pueda hacer un correcto balanceo y una correcta aplicación de los mismos.

2.6.6 Estándar de la medida menos restrictiva: análisis de alternativas

Las cortes nacionales no sólo deben aplicar una medida que tenga una base en la ley, sino también se debe examinar cuáles son las alternativas que solucionan el conflicto entre los derechos para alcanzar el fin legítimo y no hacer nugatorio el ejercicio de uno de los derechos³⁰⁷. Se debe tener en consideración que el Derecho Penal, es el más restrictivo al momento de aplicar el régimen de responsabilidades ulteriores. Entonces, no se debe alejar del concepto de *ultima ratio* del Derecho Penal y el principio de intervención mínima, en el que las sanciones penales tienen que ser estrictamente necesarias y no poder lograr la satisfacción de un derecho con otro tipo de medida contemplada en la ley³⁰⁸. Se debe también tener en consideración, que el uso arbitrario del poder punitivo para sancionar una expresión legítima y que no resulta ser necesaria en una sociedad democrática, tiene un efecto de autocensura (*chilling effect*), que puede conducir no solo a la violación indirecta de la libertad de expresión sino también a otras formas más graves de violaciones de derechos humanos, como detenciones arbitrarias o masivas, actos de tortura para acallar a personas de oposición a los gobiernos de turno, y otras formas de castigo o trato inhumano³⁰⁹.

Esto último nos deja a consideración dos situaciones fundamentales. En primer lugar, la variación que sufre el derecho al honor y vida privada de un funcionario público, no significa

³⁰⁶ Id. Párrafos 114-124.

³⁰⁷ Corte I.D.H., *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Párrafo 72.

³⁰⁸ Id. Párrafo 73

³⁰⁹ Op. Cit. UN Human Rights Council. Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the right to Freedom of opinion and expression, Frank La Rue. *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*. Párrafo 28.

que el derecho se haga inexistente respecto de una persona que se encuentra expuesto a la crítica pública, sino que cuando se encuentren en conflicto, el funcionario o figura pública tiene el derecho de acudir a los mecanismos judiciales para buscar compensación, pero corresponde a las autoridades judiciales interpretar los derechos de acuerdo a los principios del pluralismo democrático³¹⁰ y la aplicación de estándares en la materia para que las cortes nacionales hagan una correcta ponderación de derechos y la discreción otorgada a las mismas, no devengue en arbitrariedad.

Es por esta razón que resulta indispensable la división de poderes en el Estado de Derecho, la independencia de los mismos para que se pueda dar un sistema de control de pesos y poderes. Así los jueces gocen de la independencia e imparcialidad necesaria para aplicar los principios aceptados a nivel universal sobre derechos humanos.

Una vez hecho el análisis pertinente de los derechos en conflicto y sus limitaciones, es importante analizar y verificar si las cortes nacionales de los países de la región latinoamericana han aplicado ya las recomendaciones y los estándares internacionales en la materia. Sobre todo aquellos países que han seguido la corriente del nuevo constitucionalismo, como por ejemplo Colombia, México, Argentina y Brasil³¹¹. Esto con el simple propósito de hacer una comparación sobre cuáles son los estándares de interpretación de los derechos fundamentales acogidos por las cortes y demostrar que dentro del Ecuador esta producción judicial es escasa, además si se utiliza las técnicas aceptadas, se promoverá una protección más amplia de los derechos humanos.

³¹⁰ Op. Cit. Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Párrafos 100-103.

³¹¹ Op. Cit. Carbonell, Miguel. *“Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales”*. Pág. 23.

Capítulo 3.- Soluciones al conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la honra de una figura pública en el plano internacional y el derecho comparado

Siendo una de las características esenciales del constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial la correlación entre el derecho interno y el derecho internacional, no nos podemos olvidar de las obligaciones que los Estados han contraído en el plano internacional respecto a las personas como titulares de derechos. Son los Estados, mediante el ejercicio de los actos públicos quienes tienen que hacer realidad la protección de los derechos humanos³¹², ya sea a través de actos de gobierno, del proceso legislativo, de la jurisprudencia, por la toma de medidas públicas, etc. Así, resulta indispensable mirar cómo las cortes internacionales de derechos humanos han interpretado los derechos fundamentales, desde los criterios de ponderación hasta la elaboración de estándares aplicables, en este caso en materia de libertad de expresión y la protección de la reputación. No está por demás mencionar que los Estados no pueden invocar una norma de derecho interno para incumplir las obligaciones adquiridas a través de los tratados internacionales³¹³.

La obligación de quienes ejercen el poder judicial no se limita a la aplicación de la ley interna, sino también a la normativa internacional porque ésta en un Estado constitucional de derecho, entra a formar parte del bloque legislativo. Los jueces, al ser parte del Estado están obligados a cumplir con las obligaciones internacionales adquiridas por el mismo, es por esta razón que les obliga a velar que las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos no se vean menoscabadas por la aplicación de una ley que es contraria a los mismos, así “el poder judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos y la CADH”³¹⁴, para ello el “poder

³¹² Lawrence H. Tribe y Michael C. Dorf. *Interpretando la Constitución*. Presentación y revisión de César Landa Arroyo. Trad. Jimena Aliaga Gamarra. Primera Edición. Lima: Palestra Editores, marzo 2010. Págs. 21-23.

³¹³ *Convención de Viena sobre la Interpretación de los Tratados*. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.U.S. 331. Adoptado el 23 de mayo de 1969. Entró en vigencia el 27 de enero de 1980.

³¹⁴ Corte I.D.H., *Caso Almonacid Arellano y otros*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154. Párrafo 124.

judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación del mismo”³¹⁵, sino cabe resaltar, se perdería la esencia misma de un tratado internacional y perdería su efecto útil.

Adicionalmente, es importante acudir a las decisiones tomadas por las cortes internas de otros países de la región u otros que siguen la tendencia del nuevo constitucionalismo, para observar cómo son utilizados los criterios de ponderación en relación a los derechos en conflicto que se evidencian en esta tesina y la implementación de estándares internacionales en el fuero doméstico. Por todo lo expuesto considero pertinente dar una mirada a cómo, de acuerdo a los tribunales internacionales, en este caso Corte IDH y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han resuelto el conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la honra de una figura pública y posteriormente, analizar las soluciones al conflicto desde el derecho comparado y los resultados obtenidos.

3.1 Criterios de ponderación en el plano internacional

3.1.1 Corte Interamericana de Derechos Humanos

En una situación donde se encuentran en conflicto una norma de carácter penal que protege el derecho al honor de un funcionario público, como en el caso ecuatoriano, y existe un principio constitucional de libertad de expresión que juega en contra, se debe de hacer, de acuerdo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos un “ejercicio de ponderación a través de un juicio de proporcionalidad”³¹⁶, dado que son dos derechos de fundamentales. En el momento de determinar si uno prevalece sobre el otro, el análisis debe ser caso por caso, de acuerdo a las características y circunstancias propias de cada caso con el fin de considerar la intensidad y existencia de los elementos que sustentan un juicio³¹⁷. Entonces, no se puede dejar de lado este factor circunstancial y contextual, de manera que el análisis del caso no se lo puede hacer aislado del contexto en que se emitió una declaración, publicación u opinión. Si se omite este criterio, no cabría posibilidad de tener defensa alguna.

³¹⁵ *Ibíd.*

³¹⁶ *Op. Cit. Corte I.D.H., Kimel vs. Argentina. Párrafo 51.*

³¹⁷ *Ibíd; Op. Cit. Corte I.D.H., Tristán Donoso vs. Panamá. Párrafo 93.*

De acuerdo a la CADH, como he mencionado y analizado en el capítulo anterior, para justificar una interferencia en el derecho a la libertad de expresión tiene que realizarse el análisis sobre las restricciones legítimas al derecho. Teniendo en cuenta que una restricción que busque otorgar responsabilidades ulteriores por el ejercicio excesivo de la libertad de expresión tiene de por sí, un carácter excepcional y en el evento de ser justificable, no debe limitar más de lo estrictamente necesario³¹⁸.

Es decir, si está establecida en la ley, si persigue un bien legítimo y por último si es necesaria, idónea y proporcional en una sociedad democrática³¹⁹. Haré mención de tres casos resueltos por este tribunal, de manera ejemplificativa, ya que los casos resueltos por esta entidad en la materia no se agotan allí. La Corte IDH en el caso *Kimel vs. Argentina*³²⁰, ha establecido en relación a la idoneidad que el uso de tipos penales formulados con estricto apego al principio de legalidad para proteger la reputación de los demás no es contrario a la CADH, por ello es idóneo para proteger un bien legítimo. Pero esto no quiere decir que sea necesario. Con respecto a la necesidad, el mismo tribunal ha establecido que el uso de medidas penales debe estar sometido al principio de mínima intervención penal y ser utilizada en *ultima ratio*. Se tiene que tomar en consideración los estándares sobre la debida protección de la libertad de expresión que he intentado plasmar en el capítulo anterior y realizar una conciliación razonable con el derecho a la honra. Para ello se debe tener en cuenta que las medidas punitivas pretenden tutelar bienes jurídicos protegidos frente a conductas graves que lesionen otro bien, y guarde la relación entre el daño generado³²¹. De ello se desprende que se tiene que observar:

- La extrema gravedad de la conducta del emisor de la publicación, opinión, deliberación, etc.
- El dolo con el que actuó el emisor.

³¹⁸ Op. Cit. Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Párrafo 120.

³¹⁹ *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Artículo 13.2. Véase también en la sección 2.4.2 del Capítulo 2 de esta Tesina.

³²⁰ Corte I.D.H., *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177.

³²¹ Op. Cit. Corte I.D.H., *Kimel vs. Argentina*. Párrafo 77.

- El daño causado injustamente y las características del mismo.
- La existencia de datos que demuestren la absoluta necesidad de utilizar la sanción penal en forma verdaderamente excepcional.
- La carga de la prueba recae absolutamente en quien plantea la acusación³²². Esto me lleva a decir que aunque la Corte IDH no afirmó expresamente el uso del estándar de la real malicia, el contenido brindado para demostrar la necesidad del uso de una medida penal, parece asentarse en dicho estándar que fue explicado en el capítulo anterior y que además se encuentra establecido en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la CIDH³²³.

Pero el ejercicio propio de ponderación lo encontramos en el último requisito donde se debe realizar el juicio de proporcionalidad. En este punto, coincide también la doctrina, como lo planteado por Guastini y Alexy³²⁴. La Corte IDH ha establecido que para el caso mencionado donde los derechos que nos interesan se encuentran en conflicto, se debe lograr una satisfacción del derecho a la reputación dejando efectivo el derecho a criticar la actuación de los funcionarios públicos. Entonces, para ello la ponderación debe analizar:

- i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada,
- ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y
- iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro³²⁵.

Siguiendo estos pasos, la Corte determinó en primer lugar cual es el grado de afectación que existen en el derecho a la libertad de expresión. El análisis que entra en juego en este punto es cómo una medida penal por injurias interfiere en la libertad de expresión, es

³²² Id. Párrafo 78.

³²³ Cfr. CIDH. *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión*. Principio 10. Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública, o un particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas.

³²⁴ Op. Cit. Gustavo Zagrebelsky. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Págs. 110-111; Op. Cit. Robert Alexy. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Págs. 100-102. Véase también en la sección 1.2.2 del Capítulo 1 de esta Tesina.

³²⁵ Op. Cit. Corte I.D.H., *Kimel vs. Argentina*. Párrafo 84.

decir cuál es el efecto en la persona que emitió el juicio respecto de un funcionario público. La Corte considera que una pena de prisión, la posible pérdida de la libertad personal y el proceso penal constituyen una intervención grave en la libertad de expresión y crea un efecto estigmatizador en el autor. Si el opinar respecto de algo, tiene como consecuencia una sanción penal, el autor va a dejar de hacerlo y eso es negativo para la formación del debate público en una sociedad democrática. Precisamente, la aplicación de sanciones penales pretende reformar a un individuo que ha incurrido en una acción típica y antijurídica, así evitar un reincidente. Entonces, esto sería lo que se lograría con sancionar una opinión, que el autor no la vuelva a emitir. Convirtiéndose la pena privativa de libertad en una medida de censura.

Posteriormente, la importancia de la satisfacción del derecho a la honra debe ser analizada desde la perspectiva de las limitaciones que sufre el derecho durante el ejercicio de la libertad de expresión de temas de interés general. Aquí la Corte IDH, recurre a los razonamientos del tribunal en casos similares. Respecto a la necesidad de satisfacer la honra, utiliza tres estándares aplicables a la materia:

- 1) El estándar de mayor tolerancia en juicios emitidos sobre funcionarios públicos en el ejercicio de su actividad pública y necesidad del control democrático.
- 2) La relación de la publicación con la actividad pública del funcionario público.
- 3) La necesidad de diferenciar entre juicio de valor y hecho fáctico: nadie puede ser sancionado por sus opiniones respecto de algo.

El señor Kimel cuestionó la idoneidad de un juez para el cargo público y criticó su intervención como juez encargado en la investigación de la masacre de San Patricio durante la dictadura militar. Este juicio no se asienta en la persona en contra de quien se emite el juicio sino en el interés general que despierta tal publicación. Los funcionarios públicos están sometidos a un mayor escrutinio por parte de los ciudadanos y la sociedad porque se han expuesto voluntariamente a la crítica pública al ejercer una tarea pública, tienen el deber de rendir cuentas al pueblo soberano y deben demostrar la transparencia de la actividad pública, que se hace más posible aún por medio del control democrático, social y público³²⁶. El señor

³²⁶ Id. Párrafos 86-93.

Kimel no realizó juicio alguno sobre la vida privada del juez, sino sobre la causa a su cargo. También la Corte IDH se refirió a la diferencia entre una opinión o juicio de valor de un hecho fáctico, señaló que daba su opinión sobre hechos investigados a través de una investigación periodística, que nadie puede ser responsable por su opinión aunque sea ofensiva o chocante, una opinión no puede ser verdadera o falsa³²⁷.

En el análisis respecto a la importancia de la satisfacción del derecho a la honra, utilizó los estándares aplicables en la materia y consideró que en este caso, no resultaba de gran importancia la satisfacción del derecho a la honra por las circunstancias propias del caso, razón por la cual la sanción penal al señor Kimel resultó manifiestamente desproporcionada en relación al bien jurídico que se pretendía proteger³²⁸.

Otro caso que resuelve el conflicto entre los derechos mencionados resuelto por la Corte IDH, es *Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*³²⁹, en este caso la Corte se pronunció sobre una sanción civil tomada en contra de dos periodistas por invadir la privacidad de un funcionario público, Carlos Menem el ex presidente de la República de Argentina. Los periodistas publicaron una serie de artículos en los que se hablaba de un presunto hijo entre el ex presidente y la diputada Martha Meza, otros mencionaban una serie de regalos suntuosos que hacía Carlos Menem a su hijo, sus visitas en el Palacio Presidencial, el desconocimiento de la paternidad legal del mismo, sobre la salud de la esposa del presidente y en general de su relación extramarital con la diputada. La sentencia de la Corte Suprema ratificaba el fallo de las cortes inferiores que condenaron a los demandados a una sanción pecuniaria trescientas veces superior al salario mínimo argentino más los intereses.

La Corte IDH, una vez más recordó la importancia de los dos derechos fundamentales y la necesidad de encontrar un equilibrio entre el derecho a la libertad de expresión y la vida privada. Para ello recordó que ambos son derechos fundamentales no absolutos, por lo que se debe analizar a partir del análisis tripartito contenido en la misma CADH. En este caso

³²⁷ Ibíd.

³²⁸ Id. Párrafo 94.

³²⁹ Corte I.D.H., *Caso de Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre del 2010. Serie C. No. 154.

consideró que la decisión fue tomada por las cortes nacionales en base a una ley formal y material, adicionalmente que una sanción civil es idónea para perseguir el fin legítimo contemplado en el artículo 13. 2 de la CADH de proteger la reputación de otros.

La ponderación propiamente la realiza en cuanto al criterio de “necesidad” de la medida. Para que una restricción se justifique, tiene que responder a una “necesidad social imperiosa”³³⁰. En el caso de una sanción civil como consecuencia de una expresión que afecte la vida privada, no es contraria a la Convención pero debe ser analizada con sumo cuidado, en el sentido que se debe ponderar la conducta desplegada por el emisor, las características del daño supuestamente causado y demás datos que justifiquen la necesidad de acudir a la vía civil. Cómo se puede ver, son los mismos requisitos para que se justifique una sanción penal.

En este caso, la Corte IDH cuestionó el criterio “cuestiones familiares” utilizado por la Corte Suprema argentina para condenar a los periodistas. Pero la corte suprema doméstica no estableció cuáles de los hechos constituían una invasión a la vida privada. De allí la Corte IDH infirió que se trataba de

a) los “presuntos vínculos familiares” del señor Menem; b) el estado anímico de su ex cónyuge en relación con tales lazos, y c) las imágenes y “nombres” de “menores” con exposición de cuestiones de filiación de “estos niños”³³¹.

Para analizar si la decisión fue necesaria, consideró que los estándares desarrollados por la jurisprudencia anterior en esta materia son aplicables al caso también y utilizó los siguientes:

- 1) Diferente umbral de protección o mayor grado de tolerancia de expresiones que critiquen a funcionarios públicos, figuras públicas y particulares voluntariamente expuestos a la crítica pública.
- 2) Interés general de las acciones que ellos realizan.
- 3) Hechos dentro del dominio público.

En cuanto al primer punto, el Tribunal se refirió a que el distinto umbral de protección radica en que los funcionarios públicos se han expuesto voluntariamente a un mayor examen o

³³⁰ Id. Párrafo 54.

³³¹ Id. Párrafo 58.

escrutinio social, más aún, una persona que ostenta un alto cargo público como lo es el Presidente de una nación. En cuanto al interés público, se refirió a que los asuntos privados sobre los regalos cuantiosos a su presunto hijo y su madre, el no reconocimiento de paternidad, y los favores económicos y políticos hechos al esposo de la señora Meza constituían asuntos en que la sociedad tenía un interés general, porque pretende cuestionar la integridad e idoneidad de una persona para ejercer un cargo público. Entonces las publicaciones sobre la vida privada que estén vinculadas a un interés general, se encuentran protegidas por la libertad de expresión. Sin olvidar que debe ser una conclusión de un ejercicio de ponderación.

La Corte IDH cuestionó el análisis aislado de la Corte Suprema de Argentina, al concluir que fue una intromisión en la vida privada sin considerar si responden a un interés general y contribuye al debate público. Esto constituye una descontextualización de los hechos analizados. Entonces se puede concluir que cuando se quiera analizar una declaración sobre los asuntos privados de una persona pública, no puede haber un análisis aislado sino siempre se debe considerar el interés general que hay detrás de una deliberación.

Por otro lado, la existencia de un hijo no reconocido de Carlos Menem y la diputada Martha Meza había salido a la luz hace dos años y el Presidente, y además recibió visitas de ambos públicamente en la casa presidencial, donde fueron fotografiados. Esto demuestra, que no hubo el interés por parte del ex presidente de mantener en la esfera de su privacidad. Por esta razón ya era una información que se encontraba en el dominio público y al ser una figura pública se encuentra expuesto a una mayor crítica. Con estos antecedentes la Corte IDH consideró que la sanción civil no fue necesaria en una sociedad democrática, por lo que no analizó la proporcionalidad de la misma³³².

Entonces a partir de las sentencias mencionadas y otras del mismo tribunal que se ha revisado en el capítulo anterior³³³, se puede concluir para justificar una restricción a la libertad de expresión, se debe realizar el siguiente análisis:

³³² Id. Párrafos 60-70.

³³³ Op. Cit. Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005; *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004; Corte I.D.H., *Caso “La Última Tentación de*

- 1) La decisión es en base a una ley material y formal. Si la ley es consistente con el principio de legalidad y responde al control de convencionalidad.
- 2) La decisión busca la protección de un bien legítimo y si la medida es idónea para alcanzarlo.
- 3) La medida es necesaria en una sociedad democrática: aplicación de los estándares en la materia.
- 4) La medida es proporcional al fin pretendido.

Sin ser tan explícita en los pasos de ponderación, la Corte IDH ha resuelto otros casos en los que se han enfrentado estos dos derechos y ha realizado el mismo ejercicio, como por ejemplo en el caso *Tristán Donoso vs. Panamá*³³⁴, el análisis de los hechos para adecuarlos a los estándares internacionales se dentro del análisis de la de necesidad de una condena penal. La Corte IDH concluye que la condena penal impuesta al señor Tristán Donoso por injuriar supuestamente al entonces Procurador General de la Nación, al acusarlo en una rueda de prensa, de interferir y grabar sin su consentimiento conversaciones telefónicas, era innecesaria. La Corte IDH, utilizó dos estándares en esta materia:

- 1) Diferencia entre hecho fáctico y opinión.
- 2) Defensa de publicación razonable dentro del contexto.

En primer lugar se está ante un supuesto donde hay afirmaciones de hechos que pueden tener un grado de inexactitud, la Corte realizó el análisis sobre cuáles fueron los motivos que llevaron a realizar estas afirmaciones. La existencia de una grabación en las manos del Procurador, era el único funcionario que puede ordenar una interferencia telefónica en la época sin supervisión alguna, la existencia de un testigo, en el despacho del Procurador se hizo escuchar la grabación a los miembros del Colegio Nacional de Abogados, la negativa del Procurador de recibir al señor Tristán Donoso en su despacho, la declaración juramentada de

Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001; Corte I.D.H., *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001; Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.

³³⁴ Corte I.D.H., *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193.

la persona con la que entabló la conversación telefónica de no haberla grabado, etc., y la no controversia de estos hechos por el Estado. Fueron los motivos que justificaron la conferencia de prensa en la que el señor Tristán Donoso hizo dichas aseveraciones. Esto puede ser entendido que de acuerdo al contexto, la publicación fue constatada de manera razonable y no se condujo con manifiesta negligencia. Por esta razón la Corte IDH concluyó que la condena penal era innecesaria.

En este capítulo pretendo señalar cómo las cortes internacionales realizan el ejercicio de ponderación para determinar que una restricción a la libertad de expresión se justifica dentro de una sociedad democrática, para así relativizar tanto el derecho a la libertad de expresión como el derecho a la honra y dignidad. Este capítulo no pretende analizar los estándares aplicables a la materia, sino los criterios de ponderación utilizados por los tribunales internacionales. Considero que con la explicación dada a partir de los tres casos anteriores, ya se puede observar cuáles son los pasos a seguir para lograr una ponderación razonada.

3.1.2 Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en base al Convenio Europeo debe también realizar en análisis tripartito sobre las posibles restricciones a la libertad de expresión. Es decir que las decisiones tomadas en el plano interno deben estar basadas en una ley, perseguir un fin legítimo y ser necesarias en una sociedad democrática³³⁵. En relación al criterio de estar fijadas en la ley, el Tribunal Europeo ha determinado que las decisiones tienen que estar basadas en una disposición de derecho interno que sea formulada de tal manera que pueda ser accesible y previsible, así el ciudadano puede adelantar las consecuencias de sus acciones de una manera razonable³³⁶. Además ha señalado, que no debe basarse únicamente en

³³⁵ *Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*. Art. 10.2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

³³⁶ Op. Cit. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso de Sunday Times vs. Reino Unido*. Párrafo 59.

la existencia de una ley doméstica, sino también se debe analizar la calidad de la ley³³⁷. La ley debe proveer de las salvaguardas necesarias para evitar arbitrariedad de la autoridad pública, sobretodo donde el poder de discreción es más amplio³³⁸. En el caso de los delitos contra el honor que considero deberían ser abolidos, de existir, la ley no debe condicionar a la veracidad como único eximente de responsabilidad, ya que existen juicios de valor que no son susceptibles de ser probados. Sino que debe contemplar los eximentes de responsabilidad necesarios para que el derecho a la libertad de expresión no se haga nugatorio por las decisiones judiciales arbitrarias, así quienes emiten criterios protegidos por el derecho puedan tener defensa otorgada por la misma ley. Las leyes y decisiones para este objeto, deben perseguir un fin establecido en el Convenio Europeo.

En cuanto al criterio de necesidad, la Corte IDH ha seguido los pasos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos³³⁹ y éste segundo ha señalado que los Estados tienen un margen de apreciación sobre las decisiones que se tomen a nivel interno. Sin embargo, este margen de apreciación no es ilimitado y va de la mano con la supervisión del Tribunal regional, precisamente por el *effet utile* de los convenios internacionales de derechos humanos. Una decisión puede tener base en una ley, perseguir un fin legítimo pero puede no ser necesaria en una sociedad democrática cómo se ha expuesto anteriormente. La necesidad de una medida se la analiza en el sentido que responde a una “necesidad social imperiosa” dentro de un determinado contexto. En consistencia a esto, las cortes internas están obligadas a motivar debidamente sus decisiones y determinar por qué era necesario tomar esa medida en relación a las circunstancias del caso³⁴⁰.

En analizar este punto, el Tribunal considera al principio de proporcionalidad como elemento central para determinar la razonabilidad de una decisión, en cuanto que la medida es proporcional al bien que se busca proteger. Es aquí donde se realiza el ejercicio de

³³⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso de Malone vs. Reino Unido*. Sentencia de 2 de agosto de 1984. Serie A No 82. Párrafo 67.

³³⁸ *Ibíd.*

³³⁹ El criterio de necesidad se refiere a que una medida debe responder a una “necesidad social imperiosa” dentro del contexto en el que es tomada. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso de Handyside vs. Reino Unido*. Sentencia de 4 noviembre de 1976. Serie A no 24. Párrafo 58.

³⁴⁰ *Ibíd.*

ponderación propiamente. Ha establecido que donde colisionan dos derechos fundamentales, como la libertad de expresión y la protección de la vida privada donde se encuadra la protección de la reputación, se debe responder a cuatro preguntas:

- 1) ¿Existe una necesidad social imperiosa para justificar una restricción al derecho protegido en el Convenio?
- 2) De ser así, ¿está correlacionada esa restricción en particular a dicha necesidad?
- 3) De ser así, ¿es una respuesta proporcional a esa necesidad?
- 4) En cualquier caso, ¿son relevantes y suficientes las razones dadas por las autoridades nacionales para justificar la restricción?³⁴¹
- 5) También el Tribunal se ha preguntado para determinar la proporcionalidad, si medida puede ser alcanzada con una alternativa menos restrictiva³⁴².

Una vez esbozadas las preguntas que se hace el Tribunal Europeo para determinar si es justificable una interferencia en el derecho a la libertad de expresión, veamos como lo ha hecho en situaciones donde se enfrenta con el derecho a la privacidad y protección de la reputación. Al igual que el punto anterior, haré referencia de manera ejemplificativa a tres casos conocidos en la solución del conflicto presentado. El primer caso donde el Tribunal encontró en un caso de difamación el conflicto entre estos derechos³⁴³ fue *Chauvy vs.*

³⁴¹ Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso de Handyside vs. Reino Unido* en Council of Europe. The Lisbon Network. “Proportionality”. *The margin of appreciation*. Sin fecha de publicación. Fecha de acceso 12 junio 2012. <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp#P156_16141>.

³⁴² Si bien el Tribunal Europeo no utiliza expresamente el criterio de “medios menos restrictivos”, en su análisis sobre la necesidad de abrir correspondencia privada cliente-abogado de un reo, señala que puede ser justificable cuando existe una causa probable que el contenido del sobre o de la carta amenaza contra la seguridad de la prisión o consta de un contenido ilícito, y que no se ha podido verificar con los mecanismos normales de detección. Esta amenaza debe ser seria y ser comprobada con hechos, no con el solo temor. Por medio de esta sentencia nos dice que primero se deben agotar los mecanismos comunes de detección, para después utilizar el más restrictivo a la privacidad que es abrir la correspondencia. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso de Campbell vs. Reino Unido*. Aplicación No. 13590/82. Sentencia de 5 de marzo de 1992. Párrafo 47 y 48.

³⁴³ Stijn Smet.” Freedom of expression and de right to reputation. Rights in conflict”. *The American University International Law Review* (26:1, 2010] Págs. 192-200. Disponible en <<http://www.auilr.org/pdf/26/26.1.8.pdf>>.

*Francia*³⁴⁴, donde los tres aplicantes Gérard Chauvy escritor y periodista francés, la empresa editora Albin Michel y su presidente Francis Esmenard demandaron ante el sistema europeo de derechos humanos una condena civil ordenada por los tribunales nacionales, como violatoria a la libertad de expresión. En el libro publicado “Aubrac-Lyons 1943”, se cuestionaba la inocencia de Raymond Aubrac, miembro del movimiento de la Resistencia Francesa durante la Segunda Guerra Mundial, en los arrestos de los líderes y al delegado de Charles de Gaulle, Jean Moulin, del mismo en Caluire por los Nazis. A pesar que aún no se llega a la verdad sobre los arrestos ocurridos, el autor señalaba que no había evidencia documental que corroborara una traición por parte de Aubrac pero en dos páginas del libro se cuestiona su inocencia. Sus cuestionamientos se basaron en declaraciones hechas por los miembros de la Resistencia y en un documento de Klaus Barbie, el agente que los arrestó, rendido ante el juez de la causa. Por esto, el señor Chauvy y su esposa demandaron por difamación. La corte nacional condenó a una multa de 100.000 francos al señor Chauvy, al presidente de la editora a 60.000 francos, y de forma conjunta con la empresa al pago de 200.000 francos a cada uno por daños. Adicionalmente la Corte ordenó la inserción de un anuncio en cinco diarios y en cada publicación del libro como advertencia.

El Tribunal Europeo establece la importancia que tiene el honor de los líderes de la Resistencia Francesa durante la invasión Nazi en Francia, y que la historia se ha encargado de conocerlos como honorables por sus acciones y por otro lado también, señala de la importancia que tienen los periodistas y escritores para cuestionar la historia, y actuar como “watchdogs” de la verdad histórica, que se alimenta de la discusión constante. Para ello, señala el Tribunal, se debe verificar la interferencia a la libertad de expresión a la luz del caso en su totalidad, incluido el contexto y el contenido del libro³⁴⁵ y determinar:

- 1) Si la interferencia a la libertad de expresión es proporcional al fin que se permite alcanzar.
- 2) Si las razones desplegadas por las autoridades nacionales eran relevantes y suficientes para justificar una interferencia.

³⁴⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso de Chauvy y otros vs. Francia*. Aplicación No. 64915/01. Sentencia de 29 de junio 2004.

³⁴⁵ *Ibíd.* Párrafo 70.

3) Si las cortes nacionales aplicaron estándares aceptados en conformidad al artículo 10 del Convenio Europeo que protege la libertad de expresión.

4) Si la decisión de la autoridad nacional se basó en una apreciación aceptable de los hechos relevantes³⁴⁶.

5) Si la corte nacional hizo un balance razonable entre dos derechos protegidos por el Convenio.

El Tribunal Europeo revisó cuáles fueron las razones de las cortes domésticas para determinar que ha habido una difamación, que fueron las siguientes:

1) El propósito del libro era comparar el texto enviado por Klaus Barbie al juez encargado y las declaraciones de los Aubracs en diferentes ocasiones. Las cortes internas hicieron un análisis cronológico e histórico sobre los hechos, y compararon entre ambas fuentes.

2) Determinar las circunstancias sobre las que se cuestiona la inocencia, el autor señala que entre el arresto inicial, su liberación, el escape del un hospital, el arresto en Caluire y su posterior escape, el autor del libro no tiene documentos ni evidencia que soporte una posible traición y lleva al lector a cuestionar la integridad de ellos.

3) En tercer lugar, la corte nacional rechazó la excepción de buena fe planteada por el autor del libro. Concluyó que se dio excesiva importancia al texto de Barbie, una falta de documentación sobre los hechos relacionados a Raymond Aubrac, una falta de análisis crítico sobre las fuentes alemanas y los documentos que negaban la postura de Barbie³⁴⁷, por lo tanto las reglas del método histórico no fueron ejercidas con la cautela necesaria.

El Tribunal Europeo concluyó que las razones dadas por las cortes nacionales eran relevantes y suficientes en el caso para concluir con la existencia de una difamación, razón por la cual no considera necesaria un razonamiento contrario. Así, el Tribunal Europeo no considera que se restringió desmesuradamente el campo de la libertad de expresión ni se

³⁴⁶ Ibid.

³⁴⁷ Id. Párrafo 73.

amplió demasiado el de la privacidad y protección de la reputación. Adicionalmente, consideró que la decisión no fue excesiva ya que no ordenó la destrucción o prohibición de su publicación como solicitaron los demandantes, la inclusión del texto de advertencia en el libro no impedía el acceso al mismo ni las publicaciones en los periódicos y que las multas económicas eran moderadas en relación al caso³⁴⁸. Es una decisión que mantiene el medio de expresión y la publicación en sí y adicionalmente la inclusión del texto en el libro más una multa razonable, protege la reputación de los demás. Por tanto es una decisión realizada con un correcto balance.

Con esta sentencia del Tribunal Europeo se puede observar hasta cierto punto cómo determinar un balance justo entre estos dos derechos, pero tampoco establece de manera explícita cuáles son los estándares aplicables en este caso. Parecería ser que en relación al contexto y circunstancias del caso, no es únicamente el momento en el que se publica un texto, sino también que si se habla sobre hechos históricos y si pretende ser una publicación que cuestiona el libre debate de ideas en relación a hechos históricos, deben ser constatados en relación a las reglas del método histórico y ser analizado con mayor cautela. Considero que el Tribunal tuvo que referirse y explicar qué se entiende por método histórico y cuáles serían las reglas aplicables en este tipo de publicaciones. Adicionalmente, el Tribunal tampoco hizo una diferenciación entre hechos fácticos y opinión. Es entendible que al ser un libro de historia contenga hechos fácticos pero podría contener una conclusión, a la que el autor llega de manera deductiva o por ausencia de documentación, que pueda ser hipotética o una mera apreciación, y al ser expresada de tal forma en el texto, no tendría el mismo análisis respecto al método histórico y el análisis realizado por las cortes francesas.

De esta sentencia, se puede resumir que es importante considerar el tono del texto y la intención del autor, ¿fue la de causar un daño? ¿Fue la de cuestionar la evidencia existente? El Tribunal Europeo coincidió con las autoridades nacionales que el autor pretendía hacer un libro comparativo de documentación, y concluyó la comparación fáctica en sí no fue hecha de acuerdo al método histórico, no fue correcta ni equitativa en relación a los documentos usados, por ello hubo una conclusión grave y difamatoria, razón por la cual la defensa de buena fe no

³⁴⁸ Id. Párrafo 79.

resulta aplicable al caso y la interferencia ha sido proporcional al fin de proteger la reputación de los demás. No puedo dejar de mencionar, que el Tribunal, a mi percepción falló al omitir el análisis sobre si la conclusión del autor fue de opinión o fáctica, porque de ser meramente conjetural, la sentencia final hubiera tomado camino diferente.

Otro caso dilucidado por el Tribunal Europeo, es el de *Pfeifer vs. Austria*³⁴⁹, en este caso el periodista judío Karl Pfeifer demandó ante el sistema europeo las decisiones de las cortes nacionales que según el peticionario, no protege su reputación. El señor Pfeifer publicó un comentario como réplica a un artículo publicado en el libro anual del *Academic Freedom Party*, por el profesor P. titulado *Internacionalism against nationalism: an eternal mortal enemy* en el que decía que desde 1933 los judíos habían declarado la guerra a Alemania. Pfeifer, lo calificó de tener connotaciones Nazis y de diseminar ideas del Tercer Reich. El profesor P., lo demandó por difamación y le fue negado a nivel interno, por ser un juicio con suficiente base. Al profesor P., lo demandó también el fiscal público bajo el Acto de Prohibición del Nacional Socialismo por el mismo artículo. Poco antes de su juicio, el profesor P. se suicidó y la revista *Zur Zeit* publicó que el comentario del señor Pfeifer había desatado una caza humana, que culminó con la muerte de P.

El señor Pfeifer planteó una demanda por difamación en contra de la revista, y no fue favorable, la corte señaló que fue una opinión emitida de manera no excesiva. Como consecuencia, la revista mandó una carta a sus suscriptores en la que señalaba que el Sr. Pfeifer era parte de un grupo anti-fascista (*hunting society*) que provocaron el suicidio del profesor P. y que estaban iniciando procesos penales para lograr su objetivo. En la demanda planteada, se mantuvo en mismo análisis. Frente a esto, Karl Pfeifer alega la violación a su derecho a la privacidad por no proteger su reputación. Una vez más, el Tribunal Europeo establece que se trata de un caso donde se debe realizar un balance entre dos intereses que compiten entre sí, como el interés individual frente al interés general de la comunidad, donde los Estados cuentan de un margen de apreciación³⁵⁰.

³⁴⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso de Pfeifer vs. Austria*. Aplicación No. 12556/03. Sentencia de 15 de noviembre 2007.

³⁵⁰ *Ibíd.* Párrafo 37.

El Tribunal Europeo, recordó que la libertad de expresión es esencial para la democracia, que no debe excederse y violar otros derechos protegidos por el Convenio, pero que dentro del rol de los medios periodísticos, también puede proteger el acudir a la provocación y la exageración. Para verificar si las cortes nacionales han fallado en proteger la reputación, el Tribunal Europeo verificó si la publicación realizada fue una crítica excesiva, para ello utiliza diversos estándares desarrollados por el mismo Tribunal:

- 1) Análisis del contexto de debate público por la publicación de un artículo inicial.
- 2) Menor margen de protección de una persona que está en la mirada pública como el Sr. Pfeifer al haberse involucrado en la mirada pública por la población de un artículo donde criticaba duramente al profesor P.
- 3) Diferencia entre un juicio de valor y afirmación de hecho fáctico. Los hechos pueden ser probados mientras que las opiniones no. Una opinión sin ninguna base fáctica para soportarla puede ser exagerada³⁵¹, la diferencia se basa en el grado de prueba fáctica.

El Tribunal Europeo consideró que el hecho que el artículo afirme un hecho fáctico como que el señor Pfeifer pertenece a una *hunting society* que persiguió al profesor P. hasta su muerte, excede el campo de la libertad de expresión, porque se lo asocia con una asociación formada para delinquir, y que se lo asocia con actos ilícitos de lo cual no hay prueba alguna. Al no haber prueba alguna, no existe ningún nexo causal entre la crítica hecha por Pfeifer hacia la muerte de P. Por tanto es una publicación que tiene una connotación difamatoria, las cortes nacionales fallaron al proteger la privacidad.

Los criterios que menciona el Tribunal Europeo, antes de hacer el ejercicio de balanceo, da a parecer que la decisión será otra y que primará la libertad de expresión. En este caso, debo mencionar que no concuerdo con la decisión del TEDH y que me parece contrario a los mismos estándares enunciados por el Tribunal. El TEDH no hizo referencia al tono del artículo ni al contexto propiamente en el que en el que se publicó. Concuerdo con los votos disidentes del los jueces Lucaides y Schëffer, en que dentro del contexto en el que se publicó

³⁵¹ Id. Párrafo 46.

la carta fue de alta densidad, donde inició el Sr. Pfeifer al hacer una crítica dura al artículo de P., y que antes del juicio iniciado por el fiscal del Estado por la misma publicación, se había suicidado. No fue precisamente que el artículo redactaba cómo Pfeifer había planeado la muerte de P., sino que la lectura del artículo dentro del contexto de los hechos, una persona racional leería que la crítica de Pfeifer detonó una ola de críticas a P., y que esto lo había llevado a suicidarse, sin ser la intención de los críticos esa. En cuanto al calificativo de una “*hunting society*”, en el contexto que se lo utilizó, una persona racional puede determinar que es una forma figurativa para denominar al grupo de personas que se encargaron de descalificar el artículo escrito por P.³⁵². Además el calificativo de “*Jagdgesellschaft*” en alemán, tal cual como se lo utilizó en la carta, que se traduce al inglés como “*hunting society*”, en el lenguaje común se refiere a un fenómeno social que surge esporádicamente como una reacción paralela a algo o también se refiere a una masa agitada³⁵³. Sí resulta cuestionable, porqué el TEDH desconoció la connotación que puede tener un calificativo dentro de un contexto de alto debate público, sobre temas de interés general. Adicionalmente agregó, si en verdad hubiera existido un grupo anti-fascista de tales características, claramente interesaría conocer a la sociedad en general.

En sus decisiones, el Tribunal Europeo parecería dar mayor énfasis al poder discrecional de las autoridades nacionales, sin embargo en este caso no menciona las razones dadas por las cortes, sino la conclusión de las mismas en que se trataba de una opinión con base fáctica suficiente, y analizó los calificativos aisladamente no dentro del contexto en el que se emitieron ni la forma en la que se hizo. Ni mencionó que fue un debate iniciado por el mismo petionario que criticó duramente al profesor P., entonces al exponerse así a la crítica pública debería estar dispuesto a aceptar de igual forma, críticas duras. Considero que el TEDH dio más peso de lo necesario a la reputación de una persona expuesta voluntariamente a la crítica pública. Sobre todo si antes de esta decisión del Tribunal, en *Lingens vs. Austria* ya se había analizado la importancia del contexto en los casos de difamación.

³⁵² Id. Voto disidente del Juez Loucaides [14-16].

³⁵³ Id. Voto disidente del Juez Schäffer [17-19]. Párrafo 9.

Aparentemente, el Tribunal Europeo no mantiene una técnica de balanceo uniforme, pero si se puede rescatar que para determinar si una interferencia en la libertad de expresión es justificable, debe cumplir con los estándares aceptados en la materia y ser proporcional al fin que se busca proteger.

En el caso que mencioné anteriormente de *Lingens vs. Austria*³⁵⁴, Lingens un periodista de la revista Profil, publicó una serie de artículos criticando la integridad y la idoneidad de Bruno Kreisky, Canciller saliente y presidente del partido Socialista Austríaco. Días después de las elecciones generales en Austria, el presidente del Centro de Documentación Judía, Wiesenthal, acusó en la televisión a Friedrich Peter, presidente del Partido Liberal en Austria de haber servido en la Primera Brigada de Infantería de las SS durante la Segunda Guerra Mundial. Hecho que no lo negó, pero si negó haber participado en las atrocidades cometidas durante dicha guerra. Al siguiente día, se entrevistó al señor Kreisky en la televisión para que dé su opinión sobre las acusaciones en contra de Peter. Antes de la entrevista el seños Kreisky se había reunido con Peter, que la calificaron como normal entre los jefes de partido para la formación de un nuevo Gobierno. Se habló de una posible coalición. Que fue desmentida por el señor Kreisky. Sin embargo, acusó a Wiesenthal como una mafia política y de ocupar métodos mafiosos. En base a estos hechos, Lingens, publicó los artículos que criticaban la participación de Peter en el gobierno, así como el apoyo de Kreisky a un antiguo miembro del régimen Nazi, y descalificó completamente al Canciller saliente. Kreisky demandó por difamación a Lingens, donde se condenó al periodista en el proceso penal, considerando que la opinión no se hizo en su calidad de funcionario público sino en su calidad de pertenencia a un movimiento político, y por ende en relación a la vida privada.

En este caso el TEDH inició con el análisis tripartito y determinó que la decisión de las autoridades nacionales se encontraba establecida en una ley y que perseguía un fin legítimo. Sin embargo, no consideró necesaria la decisión dentro de una sociedad democrática ni proporcional al fin protegido. Consideró el TEDH que no se justifica el análisis del caso desde el ámbito de la protección de la privacidad, sino desde la restricción provista en el artículo 10.2 del CEDH que protege la libertad de expresión. En el ejercicio de ponderación

³⁵⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso de Lingens vs. Austria*. Aplicación No. 9815/82. Sentencia de 8 de julio 1986.

propiamente, es decir en relación a la necesidad de la medida dentro de una sociedad democrática, el Tribunal Europeo acudió a las siguientes inquietudes:

- 1) Consideración del artículo presuntamente difamatorio dentro del contexto en el que se publicó.
- 2) La suficiencia y relevancia de las razones dadas por las cortes nacionales. Y los estándares aplicables en la materia:
 - i) Mayor grado de tolerancia de una figura política.
 - ii) Las figuras políticas si tienen el derecho a la protección de su reputación pero, frente a la libertad de expresión, debe ser balanceado con el derecho a la información y el interés general³⁵⁵.
 - iii) El rol de la prensa es el de supervisor de la actividad pública “*watchdog*”.
 - iv) Diferencia entre juicio de valor y hecho fáctico.

El TEDH consideró que el contexto en el que se rindieron las declaraciones acerca de Kreisky de tener actitudes “inmorales”, “oportunistas” e “indignantes”, se rindieron en un contexto inmediatamente posterior a las elecciones, donde existe un debate público acerca de la idoneidad de los aspirantes a cargos públicos o de los funcionarios, esto llevó a la discusión y crítica hecha por Lingens. Además el periodista, abrió campo a la discusión sobre si existió o no una reconciliación con los Nazis después de treinta años. El TEDH consideró que las opiniones vertidas por el periodista fueron juicios de valor en relación a hechos ya publicados en el ejercicio de su libertad de expresión, más no una afirmación de hechos fácticos. Además consideró otra de las razones de la corte nacional en que se condenó al periodista porque no pudo probar la veracidad de los hechos, y es el único eximente de responsabilidad que proveía la ley penal, razón por la cual no depende de la Corte emitir una sanción menos onerosa sino que de la rama legislativa en modificar la ley. Razón por la cual tuvo que ser condenado.

El Tribunal Europeo, considera que corresponde a las cortes nacionales el hacer un análisis minucioso del tema, porque si bien los hechos fácticos pueden ser probados, las opiniones no. No se puede determinar la veracidad de una opinión, entonces el periodista,

³⁵⁵ Id. Párrafo 42.

nunca estaría libre de responsabilidad. Esto para el Tribunal, viola de por sí la libertad de expresión protegida en el Convenio Europeo³⁵⁶. Señaló que a raíz de esta distinción se puede determinar que el periodista rindió su opinión de buena fe, ya que hubo una gran relación entre los hechos ocurridos en la vida política del país y la opinión vertida por el autor. En relación a la responsabilidad del legislativo, el TEDH señaló que le es indiferente la existencia o no de una ley que prevea un método menos oneroso, porque la supervisión del sistema europeo determina responsabilidad internacional, indistintamente de cuál sea la autoridad que restringió ilegítimamente el derecho protegido. Por estas razones el TEDH consideró que la condena de 20.000 Schillings, de confiscar los ejemplares y de publicar la sentencia, consistió en una restricción innecesaria a la libertad de expresión y falta de proporcionalidad al fin restringido, por ende una violación al artículo 10 del CEDH³⁵⁷.

Con las tres sentencias mencionadas, se puede observar que el Tribunal Europeo, no mantiene una línea exacta en los casos donde se encuentran en conflicto estos derechos. Pero al analizar el requisito de necesidad y proporcionalidad, elementos propios de un ejercicio de ponderación, el Tribunal utiliza los estándares desarrollados por la jurisprudencia en casos análogos, así determinar si en una situación se otorga mayor peso a la libertad de expresión o mayor peso a la reputación.

Una vez esbozados de manera breve los requisitos de ponderación que utiliza el Tribunal Europeo. Considero importante revisar decisiones judiciales relevantes dentro de los países de la región que se han distinguido por seguir el nuevo constitucionalismo, observar cómo han trasladado los estándares internacionales al plano judicial interno, observar cómo son aplicadas las técnicas de ponderación por los tribunales domésticos en esta materia y determinar cuáles son las conclusiones a las que han llegado.

³⁵⁶ Id. Párrafo 46.

³⁵⁷ Id. Párrafo 47.

3.2 Soluciones al conflicto en el derecho comparado

3.2.1 Argentina

En la sentencia del Recurso de Hecho planteado por la Sociedad Anónima “La Nación” en la causa *Patitó, José Ángel y otro vs. Diario la Nación*³⁵⁸, la Corte Suprema de Argentina estableció que la aplicación de los principios de la “real malicia” desarrollado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *New York Times vs. Sullivan* y del estándar de diferenciación entre juicio de valor y hecho fáctico realizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Lingens* son consistentes al diseño de un estado constitucionalmente reglado. En este caso mencionado las cortes inferiores consideraron que el Diario la Nación era civilmente responsable por un editorial publicado en el mismo el 19 de octubre del 1998 titulado “Transparencia de peritajes forenses”. Después de una serie de publicaciones hechas por el periodista Urien Berri sobre el tema, a quien las cortes inferiores eximieron de responsabilidad por cumplir con su labor periodística, el Diario La Nación publicó un editorial. En este editorial se criticaba al Cuerpo Médico Forense de la Corte Suprema y denunciaba falta de calidad en el servicio que prestaba a la justicia. Lo calificó como una “estructura ilegal” que tapaban los errores o peritajes falsos de sus compañeros, además se recalcó la importancia de tener buenos peritos para las resoluciones judiciales y que no debe haber influencias políticas ni juegos con la vida de las personas.

La Corte Suprema argentina para decidir este caso primero identificó que se trataba de dos derechos constitucionales, por un lado el periódico planteó que la excepción del estándar de la real malicia basado en el derecho a la libertad de expresión, de prensa y de información y por otro lado, los miembros del Cuerpo Médico Forense de la Corte Suprema alegaron afectación a su honra y reputación al calificarlos como una “estructura ilegal en el ámbito forense que intenta disimular o encubrir con criterio corporativo un encadenamiento de hechos irregulares perpetrados por profesionales médicos [...]”³⁵⁹.

³⁵⁸ Corte Suprema de Argentina. Resolución del Recurso de Hecho. *Caso Patitó, José Ángel y otro c/Diario La Nación y otros*. Sentencia de 24 de junio 2008. XL. P.2297.

³⁵⁹ Extracto del editorial demandado como difamatorio tomado de la Resolución del Recurso de Hecho. *Caso Patitó, José Ángel y otro c/Diario La Nación y otros*.

No utiliza la Corte un método técnico explícito para identificar cuál derecho prima, pero plantea el análisis desde la fundamentación del derecho a la libertad de expresión y la aplicación de estándares aceptados en relación al tema. Se refiere a los siguientes:

- 1) Diferencia entre hecho y opinión.
- 2) Estándar de la real malicia.

En relación al primer punto, la Corte señaló que nadie puede ser responsable ni civil ni penalmente por los juicios de valor que emita respecto de algo y coincidió con el Tribunal Europeo en que la prueba de la verdad como eximente de responsabilidad atenta intrínsecamente a la libertad de expresión y de prensa ya que las opiniones no pueden estar sujetas a un examen de veracidad. Que, desde el punto de vista constitucional del derecho, las disidencias y críticas nutren el debate público y político, sin el cual una sociedad democrática no se puede mantener y llaman a corregir los errores de los funcionarios públicos.

Adicionalmente, aún si ser el estándar de la real malicia aplicable en este caso porque la Corte Suprema de Estados Unidos lo desarrolló en el caso de una publicación que contenía hechos fácticos inexactos o erróneos, establece que en el caso que una opinión que contenga un hecho fáctico que no ha podido ser acreditado, erróneo o falso, debe aplicarse el estándar de la real malicia. El mismo de derecho que es un principio consistente con el estado de derecho constitucional dado que la investigación periodística sobre asuntos públicos cumple el rol de controlar la transparencia de las acciones de los funcionarios públicos, y que un rigor excesivo e “intolerancia del error llevarían a la autocensura lo que privaría a la ciudadanía de información imprescindible para tomar decisiones sobre sus representantes”.

En cuanto al estándar de la real malicia, el eje del mismo radica en que quien afirma la falsedad de una deliberación debe encargarse de probar que el periodista o el medio sabían que la información difundida era falsa o que debió saber su falsedad o su posible falsedad. Además, la afectación subjetiva no debe ser una presunción sino una materia de prueba objetiva, y quien afirma algo en juicio debe probarlo. La Corte Suprema concluyó que los actores no habían aportado con los elementos que permitan concluir que el diario conocía la falsedad de los hechos o que obró con manifiesta negligencia acerca de su verdad o falsedad. Al contrario, el honor no se puede afectar por críticas u opiniones que se hagan a funcionarios

públicos, en el debate público sobre causas de interés general, sí mediante la difusión de información maliciosa que no fue probada. Así, la Corte concluye que es el rol de la Corte proteger los principios fundamentales y consensos básicos de la libertad de expresión, teniendo en cuenta que las críticas penetrantes y debates ardorosos, aportan al control de una democracia deliberativa y al control de decisiones arbitrarias. Por tanto, la sanción al diario La Nación por el editorial, constituye una restricción indebida a la libertad de expresión y debe ser revocada.

Otro fallo que sigue la misma línea argumental del caso *Patitó vs. La Nación*, es el caso reciente de *Molares, José Luis y otros vs. Diario La Arena*³⁶⁰. En este caso, el diario interpuso un recurso extraordinario en contra de la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Ciudad de Santa Rosa que condenó por daños morales La Arena al pago de treinta mil pesos al actor José Luis Molares. El artículo publicado por el diario se relacionaba a un supuesto pago en negro por parte del gobierno provincial, incluida la de una deuda bancaria a un proveedor el Estado provincial y a la empresa Simat. Las publicaciones consistieron en textos y en la publicación de una imagen que tenían diálogos sobrepuestos.

Frente a esto, la Corte Suprema identificó los derechos en conflicto, al igual que el caso anterior, el derecho a la libertad de expresión, de prensa y de información frente al derecho al honor y reputación. Como antecedente a lo que fue materia de recurso extraordinario, llegó al diario una filmación entre el actor y otros funcionarios públicos que revelaban la intervención de Molares en el supuesto pago, situación que consideró la corte de primera instancia como veraz y que no fue reprochada por el actor en las instancias superiores. Esto generó una discusión pública y una serie de publicaciones en torno al tema. La Corte Suprema reiteró el estándar de la real malicia, señalando que:

Tratándose de informaciones referidas a funcionarios públicos, figuras públicas o particulares que se hubieran involucrado en cuestiones de esa índole, cuando la noticia tuviera expresiones falsas o inexactas, los que se consideran afectados deben demostrar que quien

³⁶⁰ Corte Suprema de Justicia de Argentina. Resolución del recurso extraordinario. *Caso de Molares, José Luis y otros vs. Diario La Arena*. Sentencia de 26 de marzo del 2013.

emitió la expresión o imputación conocía la falsedad de la noticia y obró con conocimiento de que eran falsas o con notoria despreocupación por su veracidad³⁶¹.

Pero al exponer el artículo información que no fue descalificada por el actor en las instancias anteriores, lo único que quedaría como objetable son los juicios de valor y conjeturas que contenían los diálogos sobrepuestos. Por tal razón el criterio de ponderación debe estar dado por la “ausencia de expresiones estricta e indudablemente injuriantes y que manifiestamente carezcan de relación con las ideas u opiniones que se exponen”. Al no existir este tipo de expresiones, las críticas realizadas por el diario se remontan en una cuestión de interés público que no afectan a la vida privada del actor. Adicionalmente, la imagen estuvo relacionada con eventos dentro de la esfera pública y no de la esfera que el señor ha pretendido mantener en la intimidad. Razón por la cual la decisión de la Cámara de Apelaciones quedó revocada³⁶².

Claramente en las decisiones de la Corte Suprema de Argentina se puede observar que se pretende implementar estándares internacionales y principios básicos en relación a la libertad de expresión. Se puede centrar en que las declaraciones vertidas en relación a figuras públicas y temas de interés general no se asientan en la calidad del sujeto presuntamente agraviado sino en la naturaleza de la publicación sobre la cual se genera un debate público y el control democrático. Tema del cual se han alejado las cortes ecuatorianas, más bien se han mantenido muy al margen del tema y no se lo ha enfrentado desde la función judicial.

3.2.2 Colombia

Mediante la Sentencia T-236-10³⁶³, la Corte Constitucional de Colombia realizó un ejercicio de ponderación entre la libertad de expresión de un funcionario público y un periodista frente al derecho a la honra y reputación de particulares, que a desde mi perspectiva se han involucrado voluntariamente en la esfera pública. Si bien no resuelve el conflicto que presento en la hipótesis sobre un presunto perjuicio a la honra de una figura pública en el ejercicio de la libertad de expresión, el estándar utilizado por el tribunal es interesante para efectos de contrastar los criterios aplicables a este tipo de situaciones. En el año 2009 se

³⁶¹ Id. Párrafo 8.

³⁶² Id. Párrafos 16 y 17.

³⁶³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T263-10.

constituyó un comité para la revocatoria del mandato del Alcalde Municipal de Fusagasugá, Baudilio Páez Castro. El alcalde, en un espacio televisivo y de radiodifusión contratado por el Municipio, de los medios Fusa TV, Toca Estéreo y la emisora Nueva Época, descalificó verbalmente al Comité Promotor. Adicionalmente, el periodista Carlos Ortiz director del espacio público contratado “Toca noticias desde el centro del país” de Toca Estéreo, hizo alocuciones sobre el tema. El alcalde mencionó lo siguiente “no vamos a aceptar que diez personas que están contadas vayan a bloquear la administración municipal, porque quieren hacer una revocatoria, porque no accedimos – y eso lo digo públicamente – a las pretensiones de ellos”. Esto para los accionantes son actuaciones que buscan deslegitimar sin prueba alguna al comité. Por otro lado, el periodista Carlos Ortiz en un programa se refirió a la acción de revocatoria del mandato e indicó:

que existen personas que imaginan que los alcaldes (...) viven para hacer nada, que (...) no tienen otra misión que no cumplir lo que han manifestado desde un comienzo³⁶⁴ (...) empiezan con engaños a decirle a la gente mire: si nosotros buscamos la manera de distraer al alcalde, pues así no va a poder cumplir un plan de desarrollo (...). Hay que llamar la atención sobre ese... ese particular (...). Es que una minoría no tiene por qué ir a entregar cosas desobligantes (...) y resulta que empiezan con engaños a decirle a la gente mire: si nosotros buscamos la manera de distraer al alcalde, pues así no va a poder cumplir un plan de desarrollo (...) ³⁶⁵.

En otros programas señaló,

(...) seguramente se está buscando es (sic) mantener ocupado, distraído, al ejecutivo para que no pueda ejecutar su programa de gobierno. Es que hay gente empeñada en que realmente al alcalde se le vea en los estrados judiciales y que descuide su parte dentro del programa que se llama “Una gerencia con compromiso social” (...) ³⁶⁶.

Los miembros del Comité Promotor de la revocatoria, solicitaron la rectificación y respuesta a la Alcaldía Municipal de Fusagasugá, a los medios de comunicación, a en el espacio Toca Noticias de Carlos Ortiz. Les fue otorgada la acción en primera instancia pero revocada en la segunda. Frente a ello se interpone la acción de revisión constitucional y la Corte Constitucional entra a hacer el análisis.

³⁶⁴ Este extracto lo consideró la Corte Constitucional como un juicio de valor no susceptible de prueba. *Ibíd.*

³⁶⁵ *Ibíd.*

³⁶⁶ *Ibíd.*

Para ello la Corte Constitucional, señaló explícitamente cuáles serían los pasos para llegar a analizar el caso en concreto. Para ello determinó el orden de análisis:

- 1) Determinar las reglas de procedencia de la acción de tutela con el fin de obtener una rectificación.
- 2) El derecho a la libertad de expresión, de información y de opinión y su colisión con el derecho a la honra.
- 3) El principio democrático y participación ciudadana.
- 4) El poder-deber en materia de comunicación e información de los jefes administrativos y sus límites.
- 5) Resolución propia del caso.

La Corte determinó que una acción de tutela si procede para la rectificación de una información inexacta o falsa, en general para proteger el derecho a la rectificación que se encuentra protegido tanto en la Constitución de Colombia como en la CADH³⁶⁷. En relación al punto dos, la Corte se refirió a los criterios desarrollados por la misma Corte en el pasado. Recordó que la libertad de opinión no puede estar condicionada a los requisitos de veracidad e imparcialidad, pero la información fáctica si debe regirse a esos principios. Si bien ésta se funda en información, requiere rectificación sólo los supuestos fácticos que dieron pie a la opinión. Por ello es fundamental diferenciar qué es una aseveración fáctica y que es una mera conjetura (Sentencia T-219 del 2009 de la Corte Constitucional de Colombia). La información fáctica puede ser probada pero las opiniones no, no pueden ser combatidas con pruebas sino con otras opiniones. En el evento que una persona solicite la rectificación de información fáctica publicada, sigue los mismos pasos de la carga de la prueba, tal como lo mencionó la Corte Suprema Argentina, es decir que en materia probatoria quien alega la falsedad o parcialidad de la información debe suministrar los medios, si se trata de hechos notorios, afirmaciones o negaciones indefinidas, se releva de la carga y recae sobre quien difundió la información.

³⁶⁷ *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Artículo 14. 1. “Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley”.

En este caso la Corte consideró que no era responsabilidad de los medios la de rectificar la información porque no es un espacio dentro del cual, el contenido depende de la programación del medio sino el concesionario del espacio, en este caso el Municipio es el responsable del contenido vertido. Con lo cual coincido plenamente, porque los medios de comunicación no estaban actuando como un publicador, ni como reproductor, sino como un intermediario. En relación a la negativa de la Alcaldía, consideró el principio democrático en el que se basa la libertad de expresión constituye un camino hacia el control de las autoridades públicas e incita a la participación ciudadana, lo que fomenta y conserva la democracia. Adicionalmente, agregó que los funcionarios públicos tienen también el deber de hacer pública su actividad de interés general por la transparencia que sus actos requieren y adicionalmente para satisfacer y hacer efectivo el derecho colectivo a la información. Por otro lado, también reiteró que al tener los funcionarios públicos mayor acceso a los medios de comunicación y por la credibilidad de sus expresiones, tienen que manejar los medios de una manera más responsable y constatar con pruebas sus aseveraciones. Sin perjuicio y teniendo en cuenta los criterios sobre libertad de expresión desarrollados por esta misma Corte en su sentencia T-391 del 2007³⁶⁸:

- 1) Presunción a favor de la libertad de expresión. Supremacía frente a otros derechos, valores o principios constitucionales en caso de conflicto.
- 2) Presunción de inconstitucionalidad de las limitaciones relacionadas con la libertad de expresión en materia de regulación del Estado, y su opuesto, presunción de constitucionalidad de la información u opinión difundida.
- 3) Prohibición de censura previa³⁶⁹.

Los criterios cambian cuando la situación así lo amerita, la Corte estableció que las afirmaciones de los funcionarios públicos, como las del alcalde, tienen que tener una constatación más responsable aún que la de los particulares o periodistas, y que en este caso no hay prueba alguna que demuestre que los ciudadanos miembros del comité habían pedido favores económicos al alcalde o que tenían intención de acabar con el plan de gobierno.

³⁶⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T391-07.

³⁶⁹ Ibíd.

Señalo que las autoridades estatales deben garantizar el pluralismo en la información, sobre todo cuando se trata de asuntos políticos y electorales, y que es la obligación jurídica del Estado brindar espacios de difusión incluso a grupos que defienden la revocatoria del mandato, que puedan “conllevar a la pérdida de poder de determinado funcionario público” y que por ello, tuvo la Alcaldía que brindar un espacio para que el Comité Promotor pudiera hacer una réplica.

En relación a las declaraciones rendidas por el periodista en otros de sus programas, la Corte utiliza el criterio de distinguir entre juicio de valor e información fáctica. Consideró que en las declaraciones rendidas por el periodista no se hizo una distinción clara entre la información que pretende difundir y su opinión. En relación a las frases citadas anteriormente, concluye que esta falta de distinción atenta contra el deber de imparcialidad del periodista ya que solo invitó a panelistas que estaban en contra de la revocatoria del mandato, así como también atenta en contra del deber de tomar distancia de las fuentes, y resalta la falta de profesionalismo del comunicador al decir que quieren ver al alcalde en los estrados judiciales cuando se trata de un proceso administrativo. Consideró que esta idea atenta contra el derecho a la información e indujo a un error a la ciudadanía.

Frente a este análisis de la Corte Constitucional, debo mencionar que no sólo se protegen las ideas chocantes al gobierno sino también las favorables, claramente la visión del periodista tiende a favorecer las actividades del alcalde. Si bien puede resultar confusa la distinción entre hechos fácticos y opinión, no se debe descuidar la Corte en analizar el tono de la publicación, que por la forma rendida una persona racional podría apreciarla como una elucubración satírica o burlesca en base a hechos fácticos denunciados por otros. También la Corte no debe descartar el estándar de la “real malicia”, en el evento que una opinión contenga afirmaciones fácticas, se debe valorar la intención del periodista, si las declaraciones fueron hechas para desprestigiar a los miembros del comité que aún siendo particulares al ejercer un acto de revocación de mandato se están inmiscuyendo voluntariamente en la esfera pública. No debe olvidar que la misma Corte ha considerado la presunción de supremacía de la libertad de expresión frente a otros derechos. Si bien el periodista está contratado para hablar en un espacio público, aún puede ejercer su libertad de opinión, ya sea ésta chocante o favorable a un grupo específico. Si en su programa quiere constatar una visión rendida por un alcalde e

invita panelistas que la acrediten esa postura, se ha manejado con diligencia sobre el tema porque no es una visión aislada sino razonablemente constatada. Sin embargo, la resolución a la que ha llegado el tribunal constitucional la considero acertada ya que ordenó abrir un espacio de expresión para los miembros del comité, a cargo del Municipio, en base al deber del Estado de garantizar el acceso a los medios de comunicación y a la pluralidad como eje central del derecho.

Con esta sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, se observa cómo los estándares varían cuando se trata de declaraciones de funcionarios públicos sobre particulares que de cierta forma están expuestos a la crítica pública por iniciar una acción pública de revocatoria del mandato del alcalde. Este estándar ha sido desarrollado dentro del sistema interamericano de derechos humanos, dentro de un contexto de conflicto y polarización social³⁷⁰, pero observamos que el razonamiento de la Corte Constitucional de Colombia se asimila y desarrolla dos criterios fundamentales, el uno que existe un menor grado de tolerancia en las declaraciones vertidas por los funcionarios públicos por el deber que sus actividades entrañan, es decir porque se les ha encomendado una actividad pública que debe ser transparente. Se podría hablar del segundo estándar en cuanto a que por la misma transparencia, la información dada en relación a ciertos hechos tiene que ser constatada de una manera más responsable, porque al ser elegidos para cargos públicos poseen mayor grado de credibilidad hacia la ciudadanía que un particular.

3.2.3 México

Antes de entrar a observar cómo la Corte Suprema Mexicana ha resuelto este tipo de conflicto, se debe mencionar que dentro de los Estados Unidos de México existe la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen, y de acuerdo a la Corte debe ser aplicada en lugar del Código Civil, cuando entran en colisión el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la vida privada, honor y a la propia imagen. La Corte Suprema de México, establece que antes de entrar a analizar el conflicto

³⁷⁰ Op. Cit. CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. “Recomendaciones y Conclusiones”. *Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión 2012*. Capítulo V. Pág. 229; Op. Cit. Corte I.D.H., *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Párrafo 139; *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Párrafo 151. Véase también en la sección 2.6.4. de esta Tesina.

entre la libertad de expresión y el derecho al honor y reputación, se debe considerar que cuando se trata de un conflicto donde interviene el primer derecho, entra en juego también el derecho colectivo a la información, por lo que entra en juego también la situación en la que queda un país donde se interfiere en la libertad de expresión como un derecho esencial en la democracia participativa³⁷¹.

A partir de este punto, la Corte realiza el análisis en base a los siguientes criterios:

- 1) Una condena por el ejercicio a la libertad de expresión constituye una restricción, por ello la constitucionalidad de la misma depende que esté prescrita en la ley y sea necesaria en una sociedad democrática.
- 2) Presunción de la constitucionalidad de todo tipo de discurso informativo o expresivo.
- 3) Uso de los estándares internacionales aplicables a la materia.

La Corte Suprema de México, para la decisión de sus casos en general se maneja con la elaboración de tesis jurisprudenciales. Dentro de ellas ha adoptado los estándares para la interpretación de la libertad de expresión del sistema interamericano de derechos humanos, como:

- 1) Tesis aislada 1ª. XXII/2011 (10ª.) Posición preferencial de la libertad de expresión e información cuando son ejercidas por profesionales de la prensa, frente a los derechos de personalidad³⁷².
- 2) Tesis aislada 1ª. XXIII/2011 (10ª.) Libertad de expresión. Sus límites a la luz del sistema de protección dual y del estándar de malicia efectiva³⁷³. Esta tesis recoge los principios de los casos *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* y *Kimel vs. Argentina* de la Corte IDH. Establece que en este sistema dual, los límites

³⁷¹ Corte Suprema de México. Primera Sala. Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XIII, Octubre de 2012. Número de Registro: 23866. Pág. 732.

³⁷² Id. Párrafo 118.

³⁷³ Corte Suprema de la Nación de México. *Tesis Jurisprudencial 38/2013* adoptaba en Amparo directo 28/2010 de 23 de noviembre de 2011; Amparo directo 25/2010 de 28 de marzo de 2012; Amparo directo 26/2010 de 28 de marzo de 2012; Amparo directo 8/2012 de 4 de julio de 2012; Amparo directo 16/2012 de 11 de julio de 2012.

de crítica son mayores si se refieren a personas que ejercen actividades públicas o por el rol que tienen en una sociedad democrática. Esto radica en el carácter de interés público de sus actividades, dicho umbral de tolerancia perdura mientras estén involucradas en temas de relevancia pública. El sistema dual se centra en que en supuestos muy limitados que se refieran a intromisiones graves contra particulares puede justificarse una sanción penal (i). En intromisiones graves en casos de personajes públicos e intromisiones medias contra particulares con sanciones civiles (ii). En los casos de intromisiones no graves contra personajes públicos y leves en privados mediante el derecho a la réplica o respuesta³⁷⁴.

- 3) Tesis aislada 1ª. CCXX/2009. Libertad de expresión y derecho a la información. Modo en que deben estar entendidos los requisitos de veracidad e imparcialidad. Veracidad, no implica que una información sea verdadera en sí, sino a una diligencia en la comprobación del estatus de los hechos que se informan. Es decir que en el caso que no se llegue a conclusiones razonablemente lógicas, la información presentada debe sugerir que existen otros puntos de vista y otras posibles conclusiones. Imparcialidad, como una barrera contra la difusión intencional de inexactitudes. Esto último debe ser analizado a la luz del estándar de la real malicia. Si se trata sobre la vida privada de particulares, no se aplica el último estándar, ni en publicaciones hechas sobre la vida privada que no estén vinculadas a asuntos de carácter público de personas particulares con proyección pública³⁷⁵.
- 4) Tesis aislada 1ª. XXIV/2011 (10a.) Libertad de expresión y derecho al honor. Expresiones que se encuentran protegidas constitucionalmente. Se protegen las expresiones con términos fuertes, críticas que puedan chocar a la mayoría, están protegidas las expresiones inusuales, indecentes, escandalosas o excéntricas, aunque estén acompañadas de expresiones simbólicas. El debate en temas de interés público debe ser desinhibido. Esta

³⁷⁴ *Ibíd.*

³⁷⁵ Op. Cit. Corte Suprema de México. Primera Sala. Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta. *Libro XIII, Octubre de 2012. Número de Registro: 23866. Pág. 732. Párrafos 141-142.*

en este tipo de expresiones, que puedan perturbar, donde la libertad de expresión resulta más valiosa.

- 5) Tesis aislada 1a. XXV/2011 (10a.) Libertad de expresión. La Constitución no reconoce el derecho al insulto o a la injuria gratuita. El uso de la libertad de expresión para criticar o atacar con términos fuertes que no constituyan una opinión, puede resultar violatoria del derecho al honor. No se protege los términos ofensivos u oprobiosos según el contexto ni los términos impertinentes para expresar opiniones o informaciones.

En el caso resuelto por la Corte Suprema de México del Amparo Directo 8/2012³⁷⁶ las empresas Arrendadora Ocean Mexicana S.A., de C.V., Blue Marine Technology S.A. de C.V. y Subtec S.A de C.V., y las personas AJMI, ARD y JRD presentaron un amparo, aludiendo que la publicación de nueve notas periodísticas en la Columna “Oficio de papel” de Miguel Badillo entre el 2007 y el 2008, dos artículos de Nancy Flores, uno en la Red de Periodistas no Alineados y otro en su Columna de la revista Contralínea y una nota de la Columna de Ana Lilia Pérez en la revista Contralínea, había afectado el patrimonio moral de los afectados. Así como también demandaron a Corporativo Internacional de Medios de Comunicación S.A. de C.V. (casa editorial de Contralínea), a Miguel Badillo como editor de la revista Fortuna y a Representaciones Editoriales Internacionales S.A. de C.V. En las notas se hablaba sobre supuestas irregularidades en los procesos de licitaciones públicas de Pemex (Petróleos Mexicanos). Se hablaba de una supuesta red de corrupción donde los contratistas ofrecían una serie de recompensas económicas para obtener las adjudicaciones públicas y directas. Que la contratación de buques para la actividad económica de Pemex se la hacía con empresas privadas que tenían vinculación con otras empresas donde uno de los accionistas era un anterior funcionario público de Pemex y entre los accionistas de las diversas empresas son familiares entre sí. Para resolver, la Corte establece que para la valoración sobre si el ejercicio a la libertad de expresión constituyó una violación al derecho al honor de los quejosos, se debe determinar si:

- 1) La calidad de las personas y la naturaleza de sus notas.

³⁷⁶ Op. Cit. Corte Suprema de México. Primera Sala. Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta. *Libro XIII, Octubre de 2012. Número de Registro: 23866. Pág. 732.*

- 2) El contenido de las notas periodísticas es de relevancia pública.
- 3) Se encuentra protegido por la Constitución.

La Corte recordó que son reconocidos y garantizados los derechos consagrados tanto en la Constitución como en los tratados internacionales y que además, los valores, principios y derechos de la Carta Fundamental deben permear en todo el ordenamiento jurídico, al momento de la elección de la norma aplicable, se regirá por el principio de *pro homine*. En cuanto al caso en sí, como cuestión preliminar se refirió a que las casa editoriales, así como las personas físicas o morales, que se encarguen de la distribución, venta o difusión de los medios, se encuentran en la imposibilidad material para revisar el contenido de una publicación y cerciorarse que se abstenga de utilizar expresiones difamatorias, o constatar la veracidad. Esto devengaría en una especie de censura previa que llevaría a restringir excesivamente el derecho a la libertad de expresión. En el evento que este tipo de personas sean declarados responsables por daños morales sería imponerles la carga de seleccionar información y de revisar notas, lo que condicionaría la publicación o no de una nota, esto conllevaría al establecimiento de un mecanismo de censura previa delegada a particulares.

La Corte Suprema apoyándose en una tesis jurisprudencia propia, señaló que las personas jurídicas gozan de un aspecto de protección moral objetiva, en el sentido que construyen una imagen de credibilidad frente a los demás y por lo tanto tienen el derecho a una reputación y derecho al honor³⁷⁷. Así, pueden solicitar daños civiles por la afectación a su honor. Con relación a esto, debo manifestar mi inconformidad, porque esta tesis sostenida por el alto Tribunal tiene su fundamentación en la CADH y en el PIDCP³⁷⁸, que el honor como parte de la dignidad humana. Estos instrumentos internacionales de derechos humanos, reconocen derechos inherentes a las personas, donde persona es todo ser humano³⁷⁹ y los derechos reconocidos a los hombres y mujeres deben ser garantizados³⁸⁰. Adicionalmente, considero que las personas jurídicas tienen la capacidad de consolidar un nombre o un signo

³⁷⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación de México. *Tesis aislada. 1a. XXI/2011 (10a.)*. “Derecho Fundamental al Honor de las Personas Jurídicas”.

³⁷⁸ Id. Párrafos 98-100.

³⁷⁹ *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Artículo 1.2.

³⁸⁰ *Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos*. Artículo 3.

distintivo mediante el cual tanto los consumidores como proveedores, lo asocian como una institución de calidad, sólida, responsable, comprometida, etc., que indudablemente estarán garantizadas por la protección de los derechos intangibles. Sin embargo, los daños generados a una persona jurídica o moral como denomina la Corte Suprema Mexicana, por un caso de difamación pueden ser aclamados mediante la vía civil o mediante los organismos competentes para conocer los casos de competencia desleal en el caso de serlo, sin necesidad de dotar de un derecho fundamental a las personas jurídicas.

Sin perjuicio de lo que he manifestado, me referiré a los criterios que utilizó la Corte pasó a considerar la supuesta afectación al honor de las personas naturales accionantes. Consideró que los actores en este caso son figuras públicas, toda vez que son personas privadas con proyección pública en el sentido que su rol de empresas prestatarias de servicios a Pemex, que representa la mayor fuente de ingreso para el país, tienen importancia colectiva que trasciende a la proyección pública, así como las personas naturales se involucran como accionistas o personas que han gestionado favores para las empresas. Esto también explica el interés general de las notas periódicas, que habla sobre contratos que son financiados con recursos públicos. Al recaer en una figura pública y sobre un asunto de interés público, la Corte considera que es aplicable el estándar de la real malicia.

No sólo concluye la Corte que los actores no pudieron probar que los periodistas publicaron información a sabiendas o debiendo saber su falsedad o que se condujeron con manifiesta negligencia en su labor periodística. Sino que los periodistas lograron constatar de manera razonable (veracidad) la irregularidad y llegar a conclusiones sobre las contrataciones mediante la información publicada en los portales online de Pemex, de la Secretaría de la Función Pública y de las otras empresas, que fue verificada mediante inspecciones judiciales y mediante procesos seguidos por la Auditoría Superior de la Federación y la Procuraduría General de la República. Esto evidencia una debida diligencia en la publicación de las notas sobre este tema de alto interés público.

Además que el uso de palabras “ciego” para referirse a AJMI, no se la utilizó para referirse a un invidente de una forma despectiva sino como un alias para alguien que dice desconocer una situación frente a sus ojos. Además que al utilizar las palabras “supuesto” o

“posible” para referirse a la conducta de los presuntamente afectados, sólo cuestiona la licitud de sus acciones. En cuanto al uso de la palabra “mafia” que se utilizó en las notas para referirse a las empresas, el autor claramente lo hizo para referirse a una especie de “camaradería” que existe entre las empresas que siempre obtienen las adjudicaciones, que denotan una postura de reproche hacia esta situación y que el objetivo es de levantar sospechas hacia las supuestas irregularidades que claramente se encuentran fundadas. Adicionalmente, haciendo énfasis a la definición al criterio de necesidad elaborado por la Corte IDH y el Tribunal Europeo, la Corte Suprema mexicana consideró que la limitación del uso de las palabras fuertes empleadas por los autores y que una sanción civil a los mismos por ello, constituiría una restricción innecesaria a la libertad de expresión.

3.2.4 España

El Tribunal Constitucional de España (TCE) también se ha pronunciado y ha realizado el ejercicio de ponderación entre la libertad de expresión y el derecho al honor. En la sentencia 227/1992 del 14 de diciembre de 1992³⁸¹, el TCE estableció que para realizar una ponderación entre estos dos derechos donde se encuentra involucrado el derecho a comunicar información, son circunstancias relevantes:

la materia de la información, su interés público, su capacidad de contribuir a la formación de una opinión pública libre, el carácter público o privado de la persona objeto de la información, así como el medio de información, es decir, si se ha difundido por un medio de comunicación social. [...] Esta tarea de ponderación es competencia de los jueces y Tribunales, a quienes les compete la tutela de los derechos de los ciudadanos, siendo únicamente función de este Tribunal constatar, en su caso, el que la ponderación se haya producido de forma acorde con el contenido constitucional de los derechos fundamentales implicados³⁸².

En dicha sentencia el TCE se pronuncia sobre una demanda de amparo que interpone contra la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo que aceptó parcialmente un recurso de casación donde se condenaba a Francisco Vázquez Sell, Presidente del Instituto Andaluz de Reforma Agraria (I.A.R.A.) al pago de ochocientas mil pesetas a Alfredo Moreno,

³⁸¹ Tribunal Constitucional de España. *STC 227/1992*. Sentencia de 14 de diciembre de 1992. Resolución al recurso de amparo núm. 1.522/89.

³⁸² *Ibíd.*

Presidente del Colegio de Ingenieros Técnicos Agrícolas de Córdoba, por reparación al derecho al honor.

Alfredo Moreno, alegó que la publicación de una serie de artículos en el “Diario 16”, donde se decía que Vázquez afirmó se sancionó al señor Alfredo Moreno a un mes de suspensión por una falta grave de insubordinación contra un superior por haberse negado a hacerse cargo de un nuevo despacho en la fusión de dos instituciones. Frente a esto el señor Alfredo Moreno demandó a Vázquez por la divulgación de información privada, dado que aún no tenía notificación oficial de la resolución. El Tribunal Supremo consideró que se trataba de una intromisión ilegítima en la vida privada del señor.

El Tribunal Constitucional de España al analizar este conflicto en primer lugar determina que en la sentencia impugnada, el Tribunal Supremo prescindió de analizar uno de los derechos en conflicto que es el derecho a comunicar información. Que de acuerdo al TCE es un derecho que se encuentra necesaria y alternativamente en juego. Esta deficiencia en la ponderación es suficiente para declarar la nulidad de la Sentencia. Sin embargo debe realizarse este análisis en el fondo y pasa analizar.

En relación a la calidad de la información el TCE analiza en el contexto que fue publicado y se remite a que en un artículo pasado del mismo diario 16 de Andalucía en un artículo titulado "El Presidente del Colegio de Ingenieros Técnicos Agrícolas de Córdoba. Homenaje ante los expedientes a funcionarios", el expedientado había dado él mismo la información en el homenaje y ya se había publicado la información que se había abierto un expediente disciplinario en contra del señor Alfredo Moreno. Entonces no puede tener el carácter de dato privado al rato que fue él mismo quien decidió excluirlo de su esfera de intimidad.

Por otro lado, lo explicado por el señor Vázquez no fue sino una respuesta a un artículo publicado en el diario que decía que se había anulado el proceso sancionador en contra del señor Moreno. Sino que rectificó que no se trataba de una anulación, sino que el proceso dejó de ser un sancionatorio preventivo a un definitivo y que ya se había resuelto. Aún sin ser notificada la resolución oficialmente. La información se tornó de carácter público, al menos en la región, el momento en que hubo la discusión mediante pública mediante las publicaciones

en el diario y las partes en el proceso habían participado en ello. Razón por la cual ordenó se anule la sentencia del Tribunal Supremo³⁸³.

El Tribunal Constitucional de España, también ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el conflicto entre la aplicación de la ley penal que tipifica el delito de calumnia frente al ejercicio de la libertad de expresión. Frente a ello ha señalado que el Tribunal debe verificar la razonabilidad de la motivación de las resoluciones judiciales y si la interpretación de los derechos en conflicto no ha sido irrazonable, arbitraria o manifiestamente errónea, debe también resolver el conflicto entre las libertades fundamentales, atendiendo el contenido constitucional de las mismas aunque los criterios utilizados por el Tribunal sean distintos a los utilizados en las resoluciones judiciales³⁸⁴. Esto se debe a que el Tribunal Constitucional es el mayor organismo de supervisión constitucional y no está vinculado a los criterios desarrollados por las cortes inferiores, toda vez que pueden ser contrarios a la constitución.

En la situación donde se encuentran enfrentadas la aplicación de una ley penal como el delito de calumnias, el TCE ha declarado que:

El reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de información ha modificado profundamente la forma de afrontar el enjuiciamiento de los delitos contra el honor en aquellos casos supuestos en los que la conducta a considerar haya sido realizada en ejercicio de dichas libertades, pues la dimensión constitucional del conflicto hace insuficiente el criterio subjetivo de *animus iniurandi* tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal para el enjuiciamiento de este tipo de delitos”. [...] Ello entraña la necesidad de que el enjuiciamiento se traslade a un distinto plano, en el que el Juez penal debe examinar, en aquellos casos en los que se haya alegado el ejercicio legítimo de las libertades del art. 20.1 a) y d) CE, como cuestión previa a la aplicación del pertinente tipo penal a los hechos declarados probados, si éstos no han de encuadrarse, en rigor, dentro de ese alegado ejercicio de los derechos fundamentales protegidos en el citado precepto constitucional, ya que, de llegar a esa conclusión, la acción penal no podría prosperar puesto que las libertades del art. 20.1 a) y d) CE operarían como causas excluyentes de la antijuridicidad de esa conducta. [...] la ausencia de ese examen previo al que está obligado el Juez penal, o su realización sin incluir en él la

³⁸³ *Ibíd.*

³⁸⁴ Tribunal Constitucional de España. *STC 180/1999*. Sentencia de 11 de octubre de 1999. Recurso de amparo 1944/96.

conexión de los comportamientos enjuiciados con el contenido de los derechos fundamentales y de libertades públicas, no es constitucionalmente admisible³⁸⁵.

Esto ha sido aplicado por el TCE en la sentencia STC 41/2011³⁸⁶. Esta sentencia negó el amparo presentado por el Sr. Jesús Antonio Álvarez Cuervo frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de León y por el Juzgado de lo Penal de León en las que se condenó al señor penalmente por el delito de calumnias a dos miembros de la Guardia Civil. Tras verse implicado en un accidente grave de tráfico, el demandante reaccionó enviando un escrito de queja en el que culpaba a los miembros de la Guardia de haber falsificado y alterado el documento con el que se lo implicaba como responsable del accidente. En dicha carta dirigida a la Administración se señalaba la alteración e inconsistencia de ciertos datos y falsedad en el parte en el que se describía el accidente, con el propósito de inculpar al hoy condenado ya que se encontraba en desventaja económica frente al otro involucrado en el accidente. Solicitaba que se abra un expediente disciplinario en su contra. Frente a esto, los dos miembros de la guardia demandaron la afectación a su honor mediante una querella por calumnias. Allí se condenó al querellado a doce meses de multa y por apelación se redujo a seis.

Para hacer la ponderación en este conflicto, el TCE en primer lugar recuerda que es necesaria la separación de hechos fácticos y de juicios de valor. Pero expresa que en este caso existe una amalgama, ya que las expresiones de valor tienen a ir unidas a expresiones de hecho. El análisis se lo realiza sobre una carta en la que hechos fácticos y opiniones están indisolubles. El cambio que genera en el análisis de la aplicación de los delitos contra el honor cuando son en el ejercicio de la libertad de expresión. Para ello establece los criterios que deberán ser entendidos en este ejercicio:

- 1) Diferenciación entre juicios de valor y hechos fácticos.
- 2) Las expresiones de valor no deben ser analizadas con el criterio de veracidad sino con el contenido constitucional de la libertad de expresión.
- 3) Insuficiencia del criterio subjetivo de animus iniuriandi en los casos donde debe ser ponderado con el derecho a la libertad de expresión y opinión.

³⁸⁵ Tribunal Constitucional de España. *STC 41/2011*. Sentencia de 11 de abril de 2011. Recurso de amparo 4523-2006

³⁸⁶ *Ibíd.*

Una vez sentados los criterios principales el Tribunal entra a determinar en este caso el contenido constitucional de la libertad de expresión. Establece que este no es uno de los casos donde se protege el amplio espectro de esta libertad, ya que no se ha pretendido divulgar la información al mayor número de destinatarios para aportar al debate público. Sin embargo, revela interés general porque cuestiona la adhesión de la actuación pública a la ley. Adicionalmente, se trata de una crítica a funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por lo que debe tener un mayor grado de tolerancia en cuanto al contenido de las mismas.

Posteriormente determina el contenido del derecho al honor y su importancia en el aspecto profesional. Existen críticas que pueden consistir en una afectación al honor y en su relación con los demás, pero no toda crítica sobre la actividad profesional es un atentado, por ello depende de las circunstancias del caso, de quién, cómo, cuándo y de qué forma se cuestiona la profesionalidad del ofendido³⁸⁷. Una vez determinados los derechos en conflicto el TCE entra a verificar si las expresiones vertidas son vejatorias o difamatorias, calificativos que no están protegidos por la libertad de opinión.

En primer lugar el demandante de amparo no solicitó la revisión de los hechos probados, los tribunales inferiores consideraron el conocimiento de la falsedad de los hechos que imputó el querellado a los oficiales de la guardia. Por ello el TCE hace el análisis a partir del contenido de la libertad de expresión, es decir que no protege a deliberaciones cuya finalidad es la imputación de delitos a conciencia de su falsedad. Concluye que las expresiones “grave delito de falsedad documental”, “alteraron el atestado para culparme a mí”, “datos falsos, con los cuales y por algún motivo oscuro tratan de culparme”, “atestado amañado”, “realizado profesionalmente para encubrir al verdadero culpable”, “motivado quizá el instructor del atestado por algún motivo oscuro o personal”. Denotan la intención del condenado a perjudicar a los miembros de la guardia, así como también las preguntas retóricas conducían a la existencia de motivos ocultos. Esto son calificativos innecesarios contenidos en la queja y para el TCE excede las críticas protegidas por la libertad de expresión.

Considero que en esta resolución, el TCE tomó una postura muy condescendiente con los miembros de la guardia civil. Probablemente la discusión sobre si el proceso penal por

³⁸⁷ Op. Cit. Tribunal Constitucional de España. *STC. 180/1999*. Sentencia de 11 de octubre de 1999.

calumnias en su contra del condenado, constituía un entorpecimiento al proceso en la investigación del accidente automovilístico, tuvo que haber sido un poco más exhaustiva y ser verificado mediante criterios más sólidos. Por otro lado, considero que el recurrente ejerció su derecho de queja y de dirigirse a las autoridades públicas, además los juicios de valor tuvieron una base fáctica sólida que estuvo enumerada en la misma queja planteada por el señor Antonio Álvarez Cuervo. Esas inconsistencias le llevaron a hacer las afirmaciones que hizo, no fueron deliberaciones aisladas. Adicionalmente, considero que el TCE si omitió el contexto en el que se hicieron los juicios de valor que no son susceptibles de ser verdaderos o falsos. Un contexto donde el condenado sufrió un accidente que casi acaba con su vida, en el que fue considerado el culpable en un accidente de tránsito y que observó ciertas inconsistencias entre el parte de la guardia con el de el cuerpo de bomberos, tales como las descripciones del accidente y apreciaciones oculares. El TCE consideró probado que el condenado conocía la falsedad de los hechos divulgados y que su intención era la de desacreditar a los funcionarios. Pero al respecto si debo pronunciarme, y mencionar que la sola afirmación que una deliberación constituyó una supuesta afrenta a la honra, no basta para probar que ha habido la intención de causar un daño y debe ir más allá. Del texto de la carta de queja motivo del proceso penal por calumnias, se evidencia que los juicios de valor y las preguntas retóricas, son consecuencias de contrastar hechos y utiliza términos como “¿por qué?”, “¿qué se oculta [...]”?, para referirse a las omisiones de los guardias y da una la conclusión con un “quizás”. Considera al informe como “amañado” y hecho “profesionalmente” para inculparlo a él y no al verdadero responsable³⁸⁸. Estas son preguntas retóricas que buscan persuadir y evidencian una inconformidad con el actuar de los guardias civiles, por ello la petición es que se abra un expediente disciplinario. El hecho de estar “amañado” o hecho “profesionalmente”, en el contexto no denota la intención de causar un daño al imputar un delito sino la de demostrar a las autoridades el reproche y convencer con críticas fuertes que se inicie una investigación disciplinaria, razón por la cual no fue justificable la interferencia en la libertad de opinión y se obstaculizó el derecho a formular quejas.

³⁸⁸ Id. Carta dirigida por el señor Jesús Antonio Álvarez Cuervo a la Dirección Nacional de Tráfico. Sección I. Antecedentes.

3.2.5 Alemania

Uno de los casos más conocidos en materia de libertad de expresión donde se realizó un ejercicio de ponderación, es el resuelto por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, denominado el caso *Lüth*³⁸⁹. En este caso Eric Lüth, el presidente del Club de Prensa de Hamburgo interpuso un recurso de amparo ante la sentencia dictada por el Tribunal Estatal de Hamburgo, donde se ordenaba que se abstenga de solicitar a los teatros y distribuidores que no incluyan la película *Unsterbliche*, que no incite al público alemán a no ver la película ya que constituye una invitación al boicot. Esta sentencia considero pertinente citarla porque es un pronunciamiento de vital importancia para la garantía de los derechos fundamentales.

Hasta el momento en que se dictó la sentencia, el Tribunal no había tenido la oportunidad de pronunciarse sobre los límites que representan los derechos fundamentales a las decisiones judiciales basadas en leyes de derecho privado. Se veía a los derechos como un límite de las acciones arbitrarias de poder público. Pero con esta sentencia se hizo énfasis en que las decisiones judiciales son un acto de poder público judicial, que deben estar dictadas conforme al orden objetivo de valores a través del cual se puso de manifiesto la voluntad de aplicar los derechos fundamentales. El artículo 5 de la Ley Fundamental de Alemania³⁹⁰ protege la libertad de expresión y de opinión y como límites se encuentran “las disposiciones de las leyes generales” y dentro de ellas se encuentran las normas civiles de derecho privado. El Tribunal Constitucional revocó la sentencia dictada por el Tribunal Estatal porque omitió hacer el ejercicio de interpretación a la luz de las disposiciones constitucionales que protegen la libertad de opinión. Para ello determinó que el juez es el encargado de examinar que la

³⁸⁹ Tribunal Constitucional Federal de Alemania. Primera Sala. *Sentencia BVerfGE 7, 198 [Lüth]*. Sentencia de 15 de enero de 1958.

³⁹⁰ *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*. Artículo 5. Aprobada el 23 de mayo de 1949. Boletín Oficial Federal I, pág. 1. Última revisión el 28 de agosto de 2006. Boletín Oficial Federal I, pág 2034. Boletín Oficial Federal III 100-1. (1) Toda persona tiene el derecho a expresar y difundir libremente su opinión oralmente, por escrito y a través de la imagen, y de informarse sin trabas en fuentes accesibles a todos. La libertad de prensa y la libertad de información por radio, televisión y cinematografía serán garantizadas. La censura está prohibida. (2) Estos derechos tienen sus límites en las disposiciones de las leyes generales, en las disposiciones legales adoptadas para la protección de la juventud y en el derecho al honor personal. (3) El arte y la ciencia, la investigación y la enseñanza científica son libres. La libertad de enseñanza no exime de la lealtad a la Constitución.

aplicación de las normas de derecho civil estén influenciadas por los derechos fundamentales. Para ello tiene que tener en cuenta las modificaciones que sufre el derecho privado en su interpretación. Al no incluir esta interpretación, el juez civil viola el derecho constitucional y desconoce el contenido de la norma objetiva que contiene el derecho fundamental como portador del derecho público. Recuerda que las normas públicas deben estar sujetas al nuevo derecho que instaura la Ley Fundamental y las anteriores a la Ley deben ser adecuadas.

El Tribunal Constitucional explica el contenido jurídico de la libertad de opinión, que es el punto de partida del sistema constitucional del Estado democrático y la ley civil debe ser vista a la luz de este derecho fundamental, de tal modo que el contenido de valor del derecho lleve a una democracia que garantice una presunción básica a favor de la libertad de expresión, especialmente en la vida pública. Señala que la libertad expresión no protege únicamente la expresión de una opinión, sino también el efecto que causa en otros o que persigue. El significado de la expresión debe partir de el efecto espiritual que tiene en el entorno, por ello los juicios de valor que buscan convencer a otros se encuentran protegidos por el artículo 5.1 de la Ley Fundamental. Para el Tribunal Constitucional Federal una separación entre la expresión como protegida y los efectos no protegidos, no tiene sentido. Si el efecto tiene como consecuencia la violación de un bien jurídico protegido, se deberá hacer un análisis de ponderación en base a las circunstancias del caso. En el caso *Lüth*, considera que hubo una violación a la libertad de expresión por omitir los criterios basados en el derecho fundamental alegado por el recurrente³⁹¹.

En la sentencia *BVerfGE 93, 266*³⁹² sobre la frase “Los soldados son asesinos”, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania estableció que se trata de una frase que dentro del contexto está protegida por la libertad de opinión y expresión. La frase citada y “los soldados son asesinos en potencia” para referirse a los militares en Alemania, es una cita que parte de la tradición pacifista en Alemania. Se la tomó de un artículo escrito por Kurt Tucholsky que publicaba bajo el seudónimo de Ignaz Wrobel en el periódico semanal de

³⁹¹ Op. Cit. *Sentencia BVerfGE 7, 198 [Lüth]*. Sentencia de 15 de enero de 1958.

³⁹² Tribunal Constitucional Federal de Alemania. *Sentencia BVerfGE 93, 266 [Los soldados son asesinos]*. Sentencia de la Primera Sala, del 10 de octubre 1995.

cultura y política del German Pacifist Left (Die Weltbühne)³⁹³. La sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán resuelve de forma conjunta ciertos amparos que fueron interpuestos frente a una condena impuesta a los recurrentes por atentar contra el honor de la milicia alemana y de ciertos soldados³⁹⁴. Para resolver este caso, el Tribunal Constitucional en primer lugar diferenció sobre una expresión fáctica y un juicio de valor. Analizó las frases en el contexto que se emitió y determinó el alcance de protección del derecho fundamental a la libertad de expresión.

La libertad de expresión protege la difusión de ideas en cualquiera de sus formas. Las opiniones se caracterizan por la actitud subjetiva de quien afirma algo. Es decir la opinión sobre ideas, personas o asuntos. Es una posición personal que está protegida por este derecho. Si la expresión de opinión, es fundada racional o emocionalmente y puede ser considerada como útil o dañina, o sin valor por los otros, también es protegida. Una afirmación puede ser polémica o injuriante, que recae dentro de esta libertad. No sólo se protege el contenido y la forma, sino también el lugar y el momento que llevó a la emisión de la expresión. Quien formula una declaración tiene el derecho de publicarla, de elegir las circunstancias que le permitan tener un mayor alcance y efecto en su difusión. El Tribunal determinó que se trataba de una expresión de un juicio de valor sobre la profesión de los soldados, dentro del contexto en el que las declaraciones fueron vertidas. Es decir, dentro del discurso alemán pacifista, el significado correctamente entendido de la expresión y el sentido objetivo en sí el centro de la decisión³⁹⁵, no consistió en una afirmación fáctica de atribuir la comisión de un delito a determinados soldados. Este es el criterio a ser utilizado no la afectación que pueda tener en el presunto agraviado. Consideró que el significado de la frase en una audiencia imparcial y el sentido común de la palabra “asesino” difiere del sentido típico de una conducta criminal. Al ser un juicio de valor y no una afirmación de hechos, los tribunales penales de acuerdo al Tribunal Constitucional Federal Alemán, no son competentes.

³⁹³ Publicación del artículo en el periódico semanal del 4 de agosto de 1931. Oliver Jouanjan. “Freedom of Expression in the Federal Republic of Germany”. *Indiana Law Journal*. Vol. 84. Issue 3, Article 5: enero 2009. Disponible en: <<http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol84/iss3/5>>. Pág. 878.

³⁹⁴ Amparos planteados: 1 BvR 1476, 1980/1991 y 102, 221/92.

³⁹⁵ Op. Cit. Oliver Jouanjan. “Freedom of Expression in the Federal Republic of Germany”. *Indiana Law Journal*. Pág. 878.

El Tribunal señaló que la existencia de la ley penal no brinda de una protección absoluta a las instituciones públicas de las críticas públicas aún cuando sean hechas en forma concreta. La libertad de expresión adquiere un mayor significado cuando se proyecta para la protección de las instituciones públicas. Esto puede ser relacionado, con el estándar internacional de mayor tolerancia sobre las críticas realizadas a los funcionarios públicos en actividades de interés general que promuevan el libre debate. El Tribunal mencionó que cuando se trata de leyes penales que limitan el derecho fundamental, se tiene que respetar el derecho de tal forma que conserve el significado valorativo. Por ello la interpretación de la norma exige que se haga un ejercicio de ponderación en el marco de la aplicación de la ley, es decir por un lado la libertad de expresión y por otro, el bien jurídico que la restricción busca proteger. De ahí que la falta de análisis de las cortes inferiores en relación a la libertad de opinión, ha superado las restricciones admisibles y ha contravenido la disposición constitucional que prohíbe la interpretación que origine un efecto restrictivo para el ejercicio del derecho fundamental y que silencie las críticas admisibles que ordenan la democracia³⁹⁶.

Cuando las críticas no se dirigen a personas sino a instituciones estatales se tiene que tener en cuenta las ideas que se dirigen sobre temas de interés general y hacer un ejercicio de valoración, porque las instituciones buscan el reconocimiento público que requieren los órganos para poder cumplir con sus funciones para lograr el cumplimiento de las funciones estatales.

Donde se observan estos derechos en conflicto, se deben tener en cuenta las circunstancias esenciales de cada caso, ya que no se puede anticipar sobre el carácter injurioso de una declaración. Pero es el deber de la jurisprudencia desarrollar los criterios de evaluación concreta. El Tribunal Constitucional Alemán ha determinado que no todas las críticas sensacionalistas o exageradas pueden ser tomadas como injuriantes, se debe considerar si el autor tiene como intención difamar a la persona o desprestigiarla en vez de propulsar una

³⁹⁶ Op. Cit. Tribunal Constitucional Federal de Alemania. *Sentencia BVerfGE 93, 266 [Los soldados son asesinos]* Jürgen Schwabe, compilador. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes*. Ed. Rudolf Huber. Trad. Marcela Anzola Gil y Emilio Maus Ratz. Corrector Isabel Ramírez y José Antonio Santos. México D.F.: Fundación Konrad Adenauer, 2009. Pág. 224. Disponible en: <http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf>.

discusión sobre el tema. Por ello en los asuntos de interés público, las críticas injuriantes son de carácter excepcional y existe una presunción de primacía de la libertad de expresión sobre las ideas que motivan el debate público. Lo que pretenda alejarse de esto debe tener una justificación. En lo que resta se restringe a controversias privadas.

Es indispensable hacer la diferencia entre opiniones y hechos fácticos, porque esa ausencia llevaría a una ponderación errónea y a un considerable error constitucional. Pare ello se debe tener en cuenta plenamente su sentido, ya que el desconocerlo puede llevar a la represión de una opinión admisible, hasta las declaraciones de buena voluntad pudieran ser sancionadas. En estos casos el objetivo de la interpretación es la determinación del sentido objetivo de la declaración, es decir que tenga para la comprensión del público entendido y desprevenido. Para lo que se analizará el contexto lingüístico y las circunstancias. Por ello las sentencias que se basen en la apreciación legal de una declaración violan la libertad de opinión. Es el rol del Tribunal Constitucional Federal revisar si el tribunal inferior ha desconocido el significado y envergadura del derecho fundamental. Entonces determinó que en los casos que se condena por el ejercicio de la libertad de expresión se encuentran las siguientes preguntas:

- Constatar si efectivamente se hizo la declaración.
- Cuál fue el tenor de la declaración.
- De quien provino la declaración y bajo qué circunstancias.
- Comprobaciones sobre cuál es la impresión general de las declaraciones.

Esta falta de interpretación de las cortes inferiores, condujo a un error constitucional y por ello el Tribunal Constitucional ordenó la anulación de las sentencias y manda al tribunal de instancia para que vuelva a examinar las declaraciones bajo dichas consideraciones³⁹⁷.

Considero que el Tribunal Constitucional dio un criterio sumamente relevante para ser aplicado al momento de decidir sobre la aplicación de una ley penal de injurias. Si se analiza únicamente el significado legal, por así planearlo, de una expresión y no se lo analiza a la luz del derecho fundamental a la libertad de expresión, este último sería prácticamente inexistente

³⁹⁷ Id. Págs. 225 y 226.

en una sociedad democrática. No saldría del ámbito del reconocimiento constitucional para enraizarse en la garantía propia de su ejercicio. Compete a las cortes nacionales, desde los tribunales inferiores penales hasta el tribunal máximo de revisión e interpretación constitucional, realizar el ejercicio de ponderación y verificar cuidadosamente, con criterios objetivos, si la conducta del demandado se adecúa al supuesto de hecho de la norma penal, utilizando el contenido constitucional del derecho a la libertad de expresión. No debe olvidar el juez, que los instrumentos internacionales son parte del bloque legislativo y el contenido de un derecho fundamental puede ser determinado a la luz de la interpretación internacional de los mismos.

3.2.6 Estados Unidos

Considero importante mencionar el análisis de la Corte Suprema de los Estados Unidos en la doctrina de la real malicia ya que ha sido aplicada por otros tribunales como los de México y Argentina, así como la Corte IDH la han adoptado. Adicionalmente, esta doctrina se la encuentra plasmada en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la CIDH y en la Declaración de Principios de la Comisión Africana. Antes de entrar a analizar el caso, debo mencionar que la ley americana únicamente regula este conflicto en el ámbito civil, donde el afectado puede solicitar una compensación económica de daños por difamación en la proporción de la afectación y el jurado puede ordenar también una sanción por daños punitivos para evitar un daño similar en el futuro³⁹⁸. Uno de los casos que marcó la pauta para determinar si la Primera Enmienda protege las críticas hechas a un oficial público sobre su actividad pública, fue el caso *New York Times vs. Sullivan*³⁹⁹. En este caso se creó la doctrina de la real malicia o actual malice. El demandante por difamación en una publicación escrita fue L.B. Sullivan uno de los miembros elegidos para la Comisión de la Ciudad de Montgomery, Alabama, él desempeñaba las veces de comisionado para Relaciones Exteriores y era encargado de supervisar el Departamento de Policía. Los demandados fueron cuatro

³⁹⁸ Douglas M. Fraleigh and Joseph S. Tuman. "Defamation of carácter and Related issues". *Freedom of Speech in de marketplace of ideas*. New York: St. Martin's Press, 1997. Pág. 195 y 196.

³⁹⁹ Op. Cit. Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica. *Caso de New York Times vs. Sullivan*. 376 U.S. 254 (1964).

ciudadanos afroamericanos y religiosos de Alabama y *New York Times Company*. La Corte Suprema de Alabama ratificó una compensación de \$500.000 otorgada por el jurado de la corte del circuito.

Los supuestos actos de difamación fueron unas frases escritas en un artículo en el diario *New York Times* el 29 de Marzo de 1960. En el texto se afirmaba la policía fue armada al campus de *Alabama State College* y cuando un grupo de estudiantes estaba protestando por no hacer nuevamente un registro, se cerró el comedor para matarlos del hambre, que la policía respondieron al llamado de paz de Dr. King con violencia e intimidación una vez más. Afirmando que han atacado con bombas su casa, estando su hijo y esposa adentro y que lo han arrestado siete veces por ciertas ofensas utilizadas como excusas. Frente a esto, el comisionado planteó la demanda por difamación estableciendo que eso no había ocurrido.

La ley en Alabama señala a una publicación como difamatoria por sí misma cuando tiende a causar un daño a una persona en su reputación, o ponerlo en deshonra. La Corte Suprema resolvió sobre si un procedimiento iniciado por un oficial público en base la regla de responsabilidad contenida en la ley sobre publicaciones difamatorias, por críticas vertidas sobre su actividad pública, restringe el derecho a la libertad de expresión.

La Corte establece que el derecho a la libertad de expresión en materia de interés público protege el derecho a expresarse sobre las instituciones públicas de manera abierta, no siempre con expresiones de buen gusto. Considera que este caso contrario a las anteriores decisiones de la Corte Suprema de Estados Unidos donde ha reiterado que el principio que rige el debate público es que sea desinhibido, abierto y robusto, que esto también incluye ataques desfavorables o chocantes al gobierno o a los oficiales públicos. Considera que la excepción de veracidad, que establece la carga de la prueba en el autor de la publicación, es infalible. Sin embargo, en el libre debate es inevitable emitir declaraciones erróneas, situación que debe ser protegida ya que las ideas deben de gozar de un espacio para respirar en el que puedan sobrevivir. Por ello resulta necesario otorgar una defensa a las publicaciones erróneas, así evitar la autocensura. El hecho que ciertas conductas de los oficiales públicos no puedan ser probadas, no puede ser un elemento que conlleve al silencio. Entonces la Corte es donde debe preguntarse si la publicación se hizo con real malicia, es decir si fue con el conocimiento de la

falsedad o con una manifiesta negligencia sobre si era o no falsa, es decir que se haya hecho de mala fe. En el caso que menciono, la Corte consideró que los hechos presentados en la página del New York Times no ponen de manifiesto una mala fe en la publicación ni la malicia de los autores y que contaron con un apoyo fáctico de diversas versiones⁴⁰⁰.

La conclusión que deja esta decisión es que no hay responsabilidad en los casos donde las deliberaciones recaigan en un oficial público y que critique su actividad, aunque los hechos sean falsos, al menos que prueba la real malicia del autor. Con este caso se otorga una defensa a los autores, donde recae la carga de la prueba en quien la alega como falsa. Debe probar el conocimiento de su falsedad, o con negligencia en la publicación.

La Corte Suprema de los Estados Unidos extendió este análisis y la doctrina de la real malicia de los oficiales públicos a las figuras públicas. En el caso *Curtis Publishing Co. vs. Butts*⁴⁰¹, la Corte Suprema determinó que las versiones y acciones de las figuras públicas con relación a eventos o temas de interés público, son para los ciudadanos, de la misma consideración que las de los oficiales públicos. El artículo que originó la demanda fue uno publicado en el *Saturday Evening Post*, en el que se le acusaba a Butts, director atlético de la Universidad de Georgia, de haber “arreglado” el partido de fútbol entre la Universidad de Georgia y la Universidad de Alabama en 1962, basado en que un vendedor de seguros escuchó una conversación entre Butts y el director técnico de la Universidad de Alabama, en que Butts revelaba sus técnicas de defensa. Butts era una persona respetada en su área y era empleado por la Asociación privada Georgia Athletic.

En este caso la Corte consideró que el hacer una distinción entre figuras u oficiales públicos, carece de sentido y de base legal. Explicó que a partir de la gran depresión de los años 30, las industrias privadas han estado involucradas en la resolución de importantes decisiones públicas, por esta razón existen actividades concernientes a las mismas que son de interés general. Por esta razón juegan el mismo rol que los funcionarios públicos en el proceso de comunicación, las críticas y los contraargumentos que reciben y generan son de gran importancia para la toma de decisiones. Por ello se debe aplicar el estándar de la real

⁴⁰⁰ Ibid.

⁴⁰¹ Corte Suprema de Estados Unidos de América. *Curtis Publishing Co. vs. Butts*. 388 U.S. 130,162 (1967).

malicia, así promover el libre debate. Debe aplicarse este mismo estándar. Sin embargo, la Corte consideró que en este caso está probada la falta de diligencia del diario porque antes de su publicación, Butts se contactó con *Saturday Evening Post* y dijo que esa información era falsa. Ningún miembro de la revista realizó un esfuerzo adicional en la investigación⁴⁰².

Con esta decisión de la Corte se puede observar cuál es la debida diligencia para evitar que haya descuido en una publicación. Si el supuesto agraviado manda un aviso en el que previene la publicación por ser supuestamente falsa, para que sea diligente debe considerar la versión del afectado. Pero esto es una vez que el publicador tiene conocimiento de ser supuestamente una información falsa. Si por otro lado, el señor Butts nunca hubiera tomado contacto antes de su publicación, probablemente el resultado sea diferente. Ya que se publicaba la noticia en base a un testigo que escuchó la conversación. Propiamente no es responsabilidad del autor ya que está reproduciendo una versión de los hechos, el contrastarla aumenta la veracidad de la información, pero no quiere decir que el brindar únicamente una versión demuestre negligencia.

⁴⁰² Ibid.

Capítulo 4.- Propuesta y ejercicio de ponderación

4.1 Propuesta y utilización de criterios objetivos

En los anteriores capítulos se ha observado cómo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y ciertas cortes nacionales, realizan el ejercicio de ponderación cuando dos derechos fundamentales se encuentran en conflicto y los diversos resultados alcanzados. Para ello, no existen criterios unificados de procedimiento pero parecería que sí en cuanto al contenido jurídico de los derechos fundamentales, que vienen a ser los criterios sustantivos desarrollados. Por esta razón hago la propuesta de implementar criterios tomados de diversas fuentes: utilizar el procedimiento de ponderación ofrecido por la doctrina en los que tomaré como pasos iniciales los planteados por Robert Alexy para la ley de ponderación⁴⁰³, pero sin caer en procesos tediosos e innecesarios como la asignación de valores numéricos de Robert Alexy y concluir con la creación de una regla.

La motivación brindada por las cortes puede llegar a una resolución donde se evidencie la importancia de un principio sobre otro sin la necesidad de hacer operaciones matemáticas como la fórmula del peso de Alexy. En esto punto concuerdo con Manuel Atienza quien manifiesta es un esquema que puede confundir al lector o a la persona que desea ponerlo en práctica, porque parecería que lo importante radica en realizar la operación matemática, pero lo que le otorga la gradualidad en sí para justificar o no una interferencia son los criterios propios de la argumentación⁴⁰⁴. Para evitar en la crítica de recaer en un “decisionismo” arbitrario considero necesario acudir a criterios sustanciales desarrollados por la Corte IDH y la CIDH quienes realizan interpretaciones autorizadas de la CADH de la cual el Ecuador es parte, así como también a principios del Derecho Internacional Público y principios aceptados

⁴⁰³ Op. Cit. Alexy. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*; Robert Alexy. “La fórmula del peso”. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Pulido. 2da Edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

⁴⁰⁴ Manuel Atienza, “A vueltas con la ponderación”. *La Razón del Derecho*. Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas. N° 1 – 2010. Pag. 7. Disponible en <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/amh_MA_13174.pdf>.

por las cortes domésticas. Que para Manuel Atienza, el uso de criterios “universalizables” producen consecuencias socialmente aceptadas y no contradicen los preceptos constitucionales⁴⁰⁵. Finalmente, el uso de los criterios “universalizables”, expuestos de manera consistente y coherente, podrán generar una regla a partir del análisis de un principio aplicado en circunstancias determinadas, en la cual las circunstancias del caso en concreto se adecuarán para que después de un proceso lógico se obtenga la conclusión. Considero necesario incorporar este aspecto al ejercicio, para conciliar de cierta manera la ponderación y la adecuación racional, así fortalecer la seguridad jurídica en la toma de decisiones judiciales.

Todo esto, debe tener una base en el ordenamiento jurídico interno, caso contrario, sería desconocer la ley interna y podría ser una decisión que vulnere el principio de legalidad. Por esta razón partiré de las normas de procedimiento y sustanciales contenidas en la Constitución de la República, leyes aplicables al tema y los criterios desarrollados en la doctrina a partir de la Segunda Guerra Mundial donde surge el nuevo constitucionalismo, del que el Ecuador es seguidor.

En este capítulo realizaré el ejercicio de ponderación entre la libertad de expresión y el derecho a la honra y buen nombre de una figura pública a partir de un caso en concreto, es decir, que iré paso a paso hasta obtener una solución. Debo recordar que de manera *a priori* los principios constitucionales se encuentran en abstracto y cobran importancia cuando juegan como una fuerza contraria dentro del caso y no hay una norma-regla que regule el tema. De la investigación que he podido realizar para la elaboración de esta tesina, los casos que más han llamado la atención en donde se ven involucrados estos dos derechos, al menos en los últimos tres años en el Ecuador, son aquellos donde un funcionario público o figura política inicia un proceso por injurias calumniosas en contra de un periodista o de otra persona involucrada en la vida pública. Por lo mencionado, realizaré el ejercicio de ponderación desde una publicación donde se critica a un funcionario público.

4.2 Explicación del caso en concreto

El caso que voy a utilizar a manera de ejemplo, es aquel donde Mónica Chuji, una mujer indígena que pertenece a la Nacionalidad Kichwua de Sarayacu, y quien es parte de la

⁴⁰⁵ Id. Pág. 14.

Federación de Organizaciones y Nacionalidades Kichwuas de Sucumbíos - Ecuador, quien fue la primera mujer indígena en ocupar el cargo de Secretaria de Comunicación en el 2006 a inicios del gobierno del Presidente Rafael Correa y fue asambleísta por elección popular durante el primer período legislativo de la Asamblea Nacional y se alejó en dicho año de la posición política del gobierno por la represión de la policía en Dayuma⁴⁰⁶, realizó una serie de declaraciones en una entrevista realizada por el periodista Rubén Darío Buitrón que fue publicada en el diario *El Comercio* el 6 de febrero del 2011. En estas declaraciones se refería al ex Secretario de la Administración Pública y actual Ministro de Turismo, Vinicio Roldán Alvarado Espinel, como un “nuevo rico” a quien solo le importan los “business” (esta palabra en el idioma inglés significa “negocios”).

Con estas declaraciones, el señor Alvarado alegó que se había hecho de “manera velada” la “imputación del delito de enriquecimiento ilícito a través de actos de corrupción”⁴⁰⁷. El juez Décimo cuarto de lo Penal consideró que las declaraciones vertidas por Mónica Chuji constituían una injuria ya que contenían un elemento objetivo, de imputar un delito cuando respondió a la pregunta del entrevistador: “¿Nuevos ricos gracias al Gobierno de la ‘revolución ciudadana’? ¿Cuáles son esos nuevos ricos?”. Ella respondió: “hay una lista grande. Empecemos por los Alvarado. Veamos con cuánto entraron y cuánto tienen ahora, aunque a lo mejor lo tienen bien escondido”⁴⁰⁸. Además la existencia del elemento subjetivo de injuriar, señala el juez que dichas aseveraciones:

Deja entrever que hay malos manejos o manejos fraudulentos visualizados en actos de corrupción, pues hay que entender que dicha manifestación deviene al parecer en un incremento desmesurado sin justificación del patrimonio económico del sujeto pasivo de la infracción, es en este momento cuando el delito se consuma y se materializa como ya lo hemos

⁴⁰⁶ INREDH. Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos. “Antecedentes sobre Mónica Chuji”. Caso Mónica Chuji-Artículos de Prensa. Disponible en: <http://www.inredh.org/index.php?option=com_content&view=article&id=444%3Acaso-monica-chuji&Itemid=154>.

⁴⁰⁷ Id. Extracto de la demanda planteada por Vinicio Alvarado Espinel en contra de Mónica Chuji. “Demanda de Alvarado contra Mónica Chuji”. Disponible el texto completo de la demanda en: <http://www.inredh.org/archivos/pdf/demanda_alvarado.pdf>.

⁴⁰⁸ Rubén Darío Buitrón. “Vinicio Alvarado es uno de los nuevos ricos del Gobierno”. Diario *El Comercio*. Sección de Política. Fecha de publicación 6 de febrero del 2011. Disponible en: <http://www.elcomercio.com/politica/Vinicio-Alvarado-nuevos-ricos-Gobierno_0_422357762.html>.

dicho anteriormente; y, claro si también estamos sosteniendo que es ese valor (honor) que tenemos de nosotros mismos y que las otras personas tienen de uno, ha sido soslayado⁴⁰⁹.

El Tribunal la condenó a doce meses de prisión correccional y a una indemnización de cien mil dólares americanos. Frente a esta sentencia, manifiesto mi total inconformidad ya que el juez penal omitió incorporar en su análisis la norma-principio que juega en contra, que es la libertad de expresión en su doble dimensión. Por esta razón, haré un ejercicio razonado de ponderación a partir de la demanda y la contestación, tomando en cuenta los fundamentos de ambos derechos constitucionales y la ley penal, para brindar una solución razonada a este conflicto.

4.3 Ejercicio de ponderación y fundamentación jurídica

4.3.1 Normativa aplicable y principios rectores: supremacía constitucional, aplicación directa e inmediata de la Constitución de la República y libertad de expresión

En el caso que se pretende dilucidar está por un lado el demandante, Vinicio Alvarado Espinel quien en su calidad de Secretario de la Administración Pública, presentó una querrella en contra de la activista política indígena Mónica Chuji como supuesta autora del delito de injurias calumniosas contemplado en los artículos 489, 491 y 493 del Código Penal (CP), por una entrevista realizada al diario El Comercio. La querrellada, presentó los argumentos de defensa alegando que fueron declaraciones vertidas en el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión y de opinión protegido en el artículo 66.6 de la Constitución del Ecuador y 13 de la CADH.

El querellante señala que la actuación de la señora Chuji se encuadra como autora del delito de injuria calumniosa en concordancia con las demás normas:

Art. 489 CP.- La injuria es: calumniosa, cuando consiste en la falsa imputación de un delito.

Art. 491 CP.- El reo de injuria calumniosa será reprimido con prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinte y cinco dólares de los Estados Unidos de Norte América, cuando las imputaciones hubieren sido hechas:

⁴⁰⁹ Op. Cit. Juzgado Décimo Cuarto de Garantías Penales. Causa No. 2011-0550. Sentencia del 24 de noviembre del 2011. Véase cita 119.

[...] Por medio de escritos, impresos o no, imágenes o emblemas fijados, distribuidos o vendidos, puestos en venta, o expuestos a las miradas del público [...].

Art. 493.- Serán reprimidos con uno a tres años de prisión y multa de seis a veinte y cinco dólares de los Estados Unidos de Norte América, los que hubieren dirigido a la autoridad imputaciones que constituyan injuria calumniosa [...]⁴¹⁰.

Adicionalmente, el querellado citó también la norma correspondiente a la protección constitucional del derecho al honor contemplado en el numeral 18 del Art. 66 de la Constitución de la República.- “Se reconoce y garantiza a las personas el derecho al honor y al buen nombre. La ley protegerá la imagen y la voz de la persona”⁴¹¹.

Por otro lado la querellada alega que sus deliberaciones fueron realizadas durante el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión, las mismas que constituyen expresiones legítimas bajo los estándares señalados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que las mismas no constituyen una falsa imputación del delito⁴¹². Menciona la querellada que la Constitución establece: “se reconoce y garantiza a las personas el derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones”⁴¹³. Así como también señala que la libertad de expresión es un derecho protegido por los instrumentos de derechos humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Alegando que una sanción penal resultaría desproporcionada y crearía un efecto silenciador⁴¹⁴.

El conflicto está en analizar si las declaraciones realizadas por la señora Mónica Chuji pueden constituir una afrenta a la honra de un del señor Alvarado en su calidad funcionario público o si a su vez constituye un ejercicio legítimo de libertad de expresión. Para determinar

⁴¹⁰ Op. Cit. *Código Penal del Ecuador*. Artículos 489, 491, 493.

⁴¹¹ Op. Cit. *Constitución de la República del Ecuador*. Artículo 66 Numeral 18.

⁴¹² INREDH. Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos. “Contestación a la demanda”. *Caso Mónica Chuji-Artículos de prensa*. Presentada el 12 de mayo del 2011. Disponible en <http://www.inredh.org/index.php?option=com_content&view=article&id=444%3Acaso-monica-chuji&Itemid=154>.

⁴¹³ Id. Artículo 66 Numeral 6.

⁴¹⁴ Op. Cit. INREDH. “Contestación a la demanda”. *Caso Mónica Chuji-Artículos de prensa*.

si puede considerarse como tal, es imposible separar el análisis de la perspectiva de la libertad de expresión que ha sido alegada por la querellada. Inclusive, si no hubiera sido incorporada en su contestación, el artículo 5 del Código Orgánico de la Función Judicial y los artículos 11.3, 425 y 426 de la Constitución de la República del Ecuador, manda al juzgador a aplicar la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, de oficio. Si el juzgador hace caso omiso al principio que juega en contra, estaría desconociendo la aplicación inmediata y directa de las normas y derechos contemplados en la Constitución y en los principios rectores del Código Orgánico de la Función Judicial. De esta manera las normas mencionadas mandan a que los jueces apliquen las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía, sin menoscabar el contenido de las mismas. Además, las disposiciones sobre derechos humanos establecidas en instrumentos internacionales que sean más favorables a los establecidos en la Constitución, deben ser aplicadas directamente por el juez.

Por esta razón se descartará del análisis la concordancia que ha solicitado el querellante con el artículo 493 que aumenta la pena de uno a tres años de prisión para quienes emitan injurias calumniosas a la autoridad. El señor Vinicio Alvarado es el Secretario de la Administración Pública y ha iniciado una querrela penal por injuria calumniosa en contra de la actora política Mónica Chuji, quien en su calidad de figura pública, también está sometida a un mayor escrutinio. Esto podría generar un debate plenamente abierto para cuestionar la idoneidad del funcionario. Estos delitos son conocidos como los delitos de desacato. Tipos penales que se consideran como atentatorios de por sí contra la libertad de expresión y el derecho a la información. Para determinar el alcance del artículo 13 de la CADH, la CIDH en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, lo ha ratificado en Principio 11, en el que señala que “las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos [...] atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la libertad de información”⁴¹⁵.

Es contrario a los instrumentos de derechos humanos que los funcionarios públicos tengan una especial protección de honor y reputación, ya que coloca al ciudadano en

⁴¹⁵ CIDH. *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión*. Principio 11.

desventaja frente a un funcionario con toda la fuerza coercitiva del Estado, esto crea autocensura y reduce las condiciones necesarias para tolerar el debate inhibido y abierto⁴¹⁶, que además el Estado debe garantizar. Por otro lado, aplicar este estándar desarrollado en los instrumentos de derechos humanos por los jueces ordinarios, no sería otra cosa que prevenir las violaciones a derechos humanos, que no es sino una obligación estatal.

Por la razón antes mencionada esta norma de desacato, con la publicación de la Constitución de la República en el Registro Oficial 449 del 20 de octubre del 2008 y su entrada en vigencia, la Disposición Derogatoria deroga por el imperio de la ley toda norma contraria a la Constitución. Con la aplicación de sus disposiciones garantistas de derechos fundamentales, la aplicación directa de la Constitución y por la supremacía de los instrumentos internacionales que tengan normas más favorables para la protección de los derechos humanos, se considera derogada. Sin embargo el funcionario público no está prohibido de acudir a los tribunales penales para hacer valer su derecho a la honra mediante la aplicación del tipo penal de injurias calumniosas razón por la cual resulta necesario pronunciarse sobre el artículo 489 y 491 en la presente causa.

Una vez sentada la base jurídica que obliga al juez de instancia a incorporar en el análisis la aplicación inmediata y directa de la Constitución de la República y de los instrumentos internacionales de derechos humanos, resultaría contrario a la Constitución y al nuevo constitucionalismo desconocer la importancia y obligatoriedad que tiene el juez de incorporar este principio que juega en contra dentro del análisis del caso en concreto. De esta manera se evita que el derecho humano a la libertad de expresión⁴¹⁷, se haga nugatorio. Sin embargo, el bien jurídico que protege el delito de injurias calumniosas es otro derecho fundamental que también se encuentra protegido en la Constitución y en los instrumentos

⁴¹⁶ Op. Cit. CIDH., Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. “Leyes de desacato”. *Informe Anual de Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*. Capítulo IV. Sección A. 1998. Págs. 37 y 38.

⁴¹⁷ *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Artículo 19; *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Artículo IV; *Convención Americana de Derechos Humanos*. Artículo 13; *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Artículo 19; *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*. Artículo 10; *Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos*. Artículo 9.

internacionales de derechos humanos, es decir el derecho a la honra y reputación⁴¹⁸. Entonces al existir dos derechos humanos en conflicto que son perfectamente exigibles y de igual jerarquía, se debe realizar un ejercicio de ponderación para verificar si se justifica o no una interferencia en el derecho que juega en contra y por ende, si dichas declaraciones se encuadran en el tipo penal. Para ello, la doctrina ha señalado que los principios (libertad de expresión) “son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas”⁴¹⁹. Se analizará las declaraciones rendidas a la luz del derecho a la libertad de expresión y por el principio *pro homine* y el control de convencionalidad⁴²⁰, por ello se debe acudir a la interpretación autorizada de los instrumentos internacionales para dotar de contenido jurídico al derecho a la libertad de expresión.

La ponderación en este caso se la hará de acuerdo a lo establecido en la doctrina y en la jurisprudencia de la Corte IDH. Para que se justifique una intervención en el derecho a la libertad de expresión, debe valorarse lo siguiente:

- 1) El grado de afectación de uno de los bienes en juego, es decir si resulta leve, intermedia o grave.
- 2) La importancia de satisfacción del bien en contrario.
- 3) Si la satisfacción del segundo justifica la restricción del primero⁴²¹.

4.3.2 Grado de afectación del derecho a la honra

El derecho al honor y reputación es un derecho propio de la personalidad, que es inherente a todo ser humano. El honor es un es un derecho que se relaciona con la apreciación que una persona tiene sobre sí misma, es decir que se relaciona con la estima y valía propia y por otro lado, a la reputación, se la entiende como la opinión o imagen que tienen otros de una

⁴¹⁸ *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Artículo 12; *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Artículo V. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Artículo 11; *Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano*. Artículo IV; *Convenio Europeo para la Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*. Artículo 8. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Artículo 17.

⁴¹⁹ Op. Cit. Robert Alexy. “La fórmula del peso”. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Pág. 350.

⁴²⁰ Op. Cit. Corte I.D.H., *Caso Almonacid Arellano y otros*. Párrafo 124.

⁴²¹ Op. Cit. Corte I.D.H., *Caso Kimel vs. Argentina*. Párrafo 84; Op. Cit. Robert Alexy. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Pág. 357-359.

persona⁴²². No tendría sentido establecer términos que de manera general puedan o no causar una afectación subjetiva del individuo, porque son las imputaciones objetivas las que se generan con un elemento subjetivo definido del autor de causar daño (intención). El delito de injurias calumniosas está compuesto por dos elementos: un objetivo que es la imputación de un delito y uno subjetivo que es el dolo con el que la persona actuó para lesionar el bien jurídico. Cualquier tipo de acusación debe ser realizada con conocimiento y voluntad, elementos que deben ser probados para encuadrarse completamente en el tipo penal, pero además se debe probar la necesidad de la aplicación del tipo ya que por esencia, las sanciones penales deben ser utilizadas en *última ratio*⁴²³.

Para determinar si ha habido una afrenta al derecho al honor y al buen nombre del señor Vinicio Alvarado y encuadrarse completamente en el tipo penal, en primer lugar se debe determinar cuáles fueron las frases que supuestamente constituyeron el delito de injurias calumniosas a un alto funcionario público. El querellante señala que en la entrevista publicada el 6 de febrero del 2011, en la Sección Política del diario El Comercio, las siguientes frases se las ha hecho con el ánimo de imputar falsamente el delito de enriquecimiento ilícito a través de actos de corrupción:

[...] Las personas cercanas al Presidente de la República se han convertido en “nuevos ricos”, que el señor Alvarado es uno de ellos. [...], se ha convertido en un “nuevo rico” por sus negocios de propaganda y publicidad [...] Es lamentable que el Presidente de la República confíe en personas a quienes solo les interesa los negocios. Son quienes no tienen un mínimo de compromiso con la propuesta de cambio. Lo único que les interesa son los “business” [...] Yo digo que hay, sobre todo, un nuevo rico en el Gobierno [...] Vinicio Alvarado. Y yo digo por mí experiencia de haber pasado por el Gobierno [...].

Es indispensable acudir a criterios “univerzalizables” como lo llama Manuel Atienza para evitar un “decisionismo” arbitrario⁴²⁴. Aquí existen frases que se alegan como constitutivas del delito de injuria calumniosa pero para analizar éstas en relación al ejercicio de la libertad de expresión, se debe hacer es un ejercicio razonado, por lo que la validez de los

⁴²² Op. Cit. Corte I.D.H., *Caso Tristán Donoso v. Panamá*. Párrafo 57.

⁴²³ Corte Suprema del Ecuador. Primera Sala de lo Penal. Recurso de Casación. Gaceta Judicial. Año CX. Serie XVIII, No. 8. Página 2814. Quito, 1 de julio de 2009.

⁴²⁴ Op. Cit. Manuel Atienza. *Argumentación y Constitución*. Pág. 14.

criterios empleados para la determinación de la interferencia o la importancia de un bien jurídico protegido, justifica y legitima el resultado.

En relación a las frases emitidas se hará en relación a criterios racionales aceptados. La Corte IDH, ha determinado que debe existir una diferencia en la valoración de una crítica cuando ésta recae en un funcionario público o en una persona que por su actividad está expuesta a la crítica pública⁴²⁵, como lo es el señor Vinicio Alvarado. Esto se debe a que en una sociedad democrática, las personas que ejercen los cargos públicos, en este caso el de Secretario de la Administración Pública, que obtienen una remuneración con presupuesto del Estado y se encargan de prestar un servicio público al interés de los ciudadanos, deben estar más expuestos a la crítica pública por el deber que tienen de rendir cuentas y de manejar de manera transparente los fondos estatales. Este nivel menor de protección al derecho al honor no se asienta en la calidad del sujeto sino en la naturaleza de la actividad que este realiza.

Esta crítica es sana en una sociedad democrática porque se fomenta el debate público que genera un control social. Sin embargo, esto no quiere decir que los funcionarios públicos no tengan derecho al honor y a la reputación, ya que se estaría negando un derecho propio de la personalidad. Pero se debe realizar un análisis cauteloso frente al ejercicio de la libertad de expresión, ya que toma un giro en el que no se puede hacer caso omiso del mismo, ya que es un componente fundamental para el ejercicio de la democracia y la transparencia de las actividades gubernamentales⁴²⁶. Si todas las críticas realizadas a las autoridades públicas se considerarían ofensivas sería atentatorio para la libertad de expresión dentro de una sociedad democrática, como la ecuatoriana.

Al decir que el umbral menor de protección se asienta en la actividad que realiza se debe necesariamente hacer un análisis, sobre si las declaraciones vertidas afectan directamente en su vida privada que es el aspecto más íntimo del honor y la dignidad humana, si atacan en sí mismo al señor Alvarado como individuo o si se relacionan con las actividades que éste realiza. Al mencionar que el señor Alvarado se ha convertido en un “nuevo rico” por sus

⁴²⁵ Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Párrafo 129; Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Párrafo 103.

⁴²⁶ *Cara Democrática Interamericana*. Organización de los Estados Americanos. Aprobada en la Primera Sesión Plenaria. Celebrada el 11 de septiembre del 2001. Artículo 4.

negocios de propaganda y publicidad”, podría referirse a las actividades económicas propias del señor. Pero no se puede sacar completamente del contexto de todas las declaraciones rendidas. Estas se las hicieron en una entrevista donde la querellada Mónica Chuji justificaba su salida del movimiento político Alianza País, donde cuestionaba la consulta popular y en general al actual gobierno. Según su opinión, el partido se había “derechizado” porque se mantenían los mismos asesores que sirvieron a gobiernos anteriores, inclusive menciona que el señor Vinicio Alvarado fue ex asesor de campaña durante el gobierno de Abdalá Bucarám. Es un hecho notorio y público que el gobierno del ex presidente fue altamente cuestionado por actos de corrupción. El cuestionar la integridad y la idoneidad de los funcionarios públicos, es un aspecto individual y legítimo de la libertad de expresión que es propio de un régimen democrático donde existe tolerancia a la pluralidad de ideas e información.

En la entrevista, la señora Chuji afirma que el gobierno estaba intentando concentrar el poder. Adicionalmente sostuvo que hay “nuevos ricos” y la continuación de esa respuesta se evidencia lo siguiente:

¿Nuevos ricos gracias al Gobierno de la ‘revolución ciudadana’? ¿Cuáles son esos nuevos ricos? Hay una lista grande. Empecemos por los Alvarado. Veamos con cuánto entraron y cuánto tienen ahora, aunque a lo mejor lo tienen bien escondido⁴²⁷.

Las frases anteriores que supuestamente afectaron el honor del funcionario público no pueden ser sacadas de contexto para alegar una posible afrenta a la honra. Las declaraciones que existen “nuevos ricos” de por sí solas no constituye una afrenta a la dignidad porque no sugiere acto de corrupción alguno, en el lenguaje cotidiano es una frase que se utiliza para referirse a personas que han pasado de un estatus económico bajo a uno alto inesperadamente, pero no necesariamente se refiere a un incremento patrimonial debido a actos de corrupción. Al momento de individualizar en la persona del querellante sugiere que se haga un control sobre los bienes del querellado desde su entrada al gobierno actual, al ser una sugerencia de control no se puede confundir con la imputación del delito de enriquecimiento ilícito. Por el contrario, hace una crítica que aunque parezca dura y cuestione la actividad del querellante es legítima e incita al debate público. No se puede olvidar, que al rendir una declaración pública

⁴²⁷ Op. Cit. Extracto de la entrevista realizada a Mónica Chuji en el diario. Diario *El Comercio*. Sección de Política. Fecha de publicación 6 de febrero del 2011.

en un medio de comunicación se busca que el receptor se cuestione e incluso se perturbe, para impulsar la búsqueda de diversos tipos de informaciones, así lograr una sociedad crítica. Este es el derecho a la información que surge de la dimensión social del derecho a la libertad de expresión⁴²⁸.

Al utilizar la frase “aunque a lo mejor lo tienen bien escondido” condiciona la veracidad de la información a una mera conjetura y es un supuesto hipotético que puede o no ser. Es decir que denota una expresión de opinión. Las conjeturas sobre algo no pueden ser objeto de sanción. Una opinión puede ser chocante, pero es legítima cuando resulta ser un cuestionamiento razonable que recae en una persona que está expuesta al escrutinio público y tiene una base razonable. En la misma entrevista, se menciona Vinicio Alvarado es un “nuevo rico”:

Y digo por mi experiencia de haber pasado por el Gobierno. Él me dijo alguna vez que es él quien controla la publicidad y que “la va a guardar celosamente”. Ese rato entendí que su objetivo era sacar lo que más pudiera de sus negocios de la propaganda y de la publicidad [...] ¿Usted puede demostrar lo que acaba de decir? Lamentablemente, no. Pero la muestra está en el manejo de la campaña del Gobierno, en todos los millones de dólares que se gastan. Habría que pedir que se haga una auditoría, transparentar los gastos, a dónde van esos fondos [...]

En este caso se hace una afirmación sobre algo que el señor dijo en privado a la señora Chuji. Situación que no alega el querellante como ofensiva ni contradice en su demanda, sin embargo si hace referencia a que el hecho que la señora no pueda demostrar lo que ha dicho evidencia la intención de injuriar de Mónica Chuji. Pero, a continuación menciona en la entrevista que habría que pedir que se haga una auditoría sobre los fondos que se gastan en campañas publicitarias, ver a donde van esos fondos. Si se analiza la frase dentro del contexto, se puede observar que son opiniones vertidas sobre hechos no controvertidos, se evidencia que existe un ánimo de cuestionar el manejo de los fondos públicos utilizados para las campañas gubernamentales, no de injuriar a la persona de Vinicio Alvarado. No son afirmaciones que se relacionan a la vida privada del señor ni a los aspectos más íntimos que podrían afectar el honor, sino a una situación de interés general que a la sociedad le interesa saber, como cuáles son las intenciones del funcionario, si se maneja con integridad dentro de

⁴²⁸ Op. Cit. Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*. Opinión Consultiva OC-5/85. Párrafo.

sus funciones, cuestionar la fidelidad del funcionario al proyecto gubernamental, etc. El considerar esto como una afrenta a la honra de un funcionario público, inhibiría una futura crítica sobre el funcionario y los allegados al mismo, esto su vez restringe el aspecto colectivo del derecho, es decir el de los ciudadanos a recibir información e ideas de diversa índole, tal como se expresa en el Art. 29 de la Ley de Comunicación⁴²⁹ :“todas las personas tienen derecho a recibir, buscar, producir y difundir información por cualquier medio o canal y a seleccionar libremente los medios o canales por los que acceden a información y contenidos de cualquier tipo”.

El establecer una sanción penal basado únicamente en la pretensión del querellante sin analizar la norma-principio en contra restringiría la circulación libre de ideas y disminuiría el ejercicio de control social y rendición de cuentas, lo que convertiría al tipo penal de injurias calumniosas como un mecanismo de disuasión para el ejercicio de la libertad de expresión. Al ser una opinión sobre un funcionario público y sobre el ejercicio de sus actividades públicas, que se extienden a temas de interés general, como al manejo de fondos públicos dentro del gobierno y los posibles intereses económicos del funcionario, tiene un umbral menor de protección en el derecho al honor, este es un criterio aceptado tanto por las cortes internacionales como por las cortes domésticas, como por ejemplo se observa en la sentencia de la Corte Suprema de Argentina *Molares, José Luis y otros vs. Diario La Arena*⁴³⁰, por la Corte Suprema de México en la resolución del Amparo Directo 8/2012⁴³¹, por el Tribunal Constitucional Alemán Federal en la sentencia *BVerfGE 93, 266*⁴³², entre otras.

Recae en el actor probar que ha existido ánimo de injuriar, la sola afirmación sobre la existencia de una afrenta a la honra no bastaría, ni que ha sido publicada, expuesta y distribuida como hace concordancia el querellante con el artículo 491 CP, porque

⁴²⁹ *Ley de Comunicación*. Publicada en el Registro Oficial N° 22. Tercer Suplemento de Martes 25 de junio de 2013.

⁴³⁰ Op. Cit. Corte Suprema de Justicia de Argentina. Resolución del recurso extraordinario. *Caso de Molares, José Luis y otros vs. Diario La Arena*. Sentencia de 26 de marzo del 2013.

⁴³¹ Op. Cit. Corte Suprema de México. Primera Sala. Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XIII, Octubre de 2012. Número de Registro: 23866. Pág. 732.

⁴³² Tribunal Constitucional Federal de Alemania. *Sentencia BVerfGE 93, 266 [Los soldados son asesinos]*. Sentencia de la Primera Sala, del 10 de octubre 1995.

precisamente ese es un principio de la libertad de información, llegar al mayor número de destinatarios posibles y publicar en el medio más idóneo para ello. En este caso las deliberaciones consistieron en expresiones de valor, de acuerdo al querellado la frase “sacar lo que más pudiera de sus negocios y publicidad” afecta su honra y reputación ya que de manera velada indica actos de corrupción, sin embargo esto está es una conclusión a la que llega en base a la supuesta conversación no controvertida. Entonces se puede concluir que consiste en una opinión razonable que se formuló con base a un evento ocurrido.

Nadie puede ser objeto de sanción por sus opiniones, ya que la veracidad o falsedad de las mismas no pueden ser probadas. Cuando se trata de una afirmación de hechos inexactos o falsos, es el actor quien debe probar que la difusión de la información se hizo a sabiendas de su falsedad y con la intención de causar daño. Este es el estándar de la real malicia, que ha sido desarrollado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *New York Times vs. Sullivan*⁴³³, y aplicado también por la Corte IDH en el caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*⁴³⁴. Razón por la cual no se puede considerar que en base a los artículos 489 y 491, se cumplen los elementos objetivo ni subjetivo para determinar inequívocamente que existió una injuria calumniosa y que el comportamiento de la señora Mónica Chuji se adecúa a los elementos del tipo penal.

Como ha señalado la Corte Nacional del Ecuador, la Constitución vigente obliga a hacer una nueva lectura del derecho, sobretodo en el derecho penal, donde peligran los derechos fundamentales, por eso debe recurrirse a éste como última opción⁴³⁵ y procurar una intervención mínima en la libertad individual. El derecho penal es subsidiario y residual, por lo que se debe entender al mismo desde la protección de la libertad, por ello la dogmática penal se convierte en una herramienta necesaria para la “racionalización de las decisiones judiciales”⁴³⁶. Se tiene que tener en cuenta las posibilidades fácticas para la relativización de

⁴³³ Op. Cit. Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica. *Caso de New York Times vs. Sullivan*. 376 U.S. 254 (1964).

⁴³⁴ Corte I.D.H., *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207. Párrafo 86

⁴³⁵ Op. Cit. Corte Suprema del Ecuador. Primera Sala de lo Penal. Recurso de Casación. Gaceta Judicial. Año CX. Serie XVIII, No. 8. Página 2814. Quito, 1 de julio de 2009.

⁴³⁶ *Ibíd.*

los derechos, que es para Gustavo Zagrebelsky y Robert Alexy, la parte esencial para verificar la idoneidad y necesidad de una medida⁴³⁷, el querellante tiene a su alcance medidas menos restrictivas que se pueden hacer viables dentro de las cortes de justicia como el derecho a la réplica, respuesta, rectificación de informaciones inexactas y el derecho a solicitar reparación de daños en la vía civil. Esto a su vez, cumple con el estándar de la medida menos restrictiva desarrollada por la Corte IDH el que señala que el derecho penal debe ser utilizado cuando no exista otra medida contemplada en la ley para alcanzar la protección del bien jurídico⁴³⁸.

En este caso, para la configuración del delito de injuria calumniosa, no basta la existencia de una subsunción en el tipo objetivo, sino que el elemento subjetivo debe ser probado a la luz del derecho a la libertad de expresión, tanto en la voluntad como en el conocimiento del autor, el primero con el ánimo de menoscabar el honor, que al notarse un ánimo de opinión y denuncia social sobre posibles irregularidades en el manejo de los fondos públicos, no puede ser considerado como lesivo al derecho al honor del querellante porque se asienta en el interés social, no en la calidad del sujeto supuestamente afectado. Por otro lado, en cuanto al conocimiento, no ha existido la publicación de una información como veraz a sabiendas de su falsedad o con manifiesta negligencia. Esto concluye que no hubo una afectación al derecho a la honra y reputación, por lo que no existe la ratio que justifica la aplicación del delito de injuria calumniosa.

4.3.3 Importancia de la satisfacción del derecho a la libertad de expresión

Como se expresó en el punto anterior, la libertad de expresión es un derecho esencial dentro de una sociedad democrática, ya que el discurso desinhibido y abierto fomenta el debate público sobre cuestiones de interés general. La Corte Constitucional del Ecuador ha reconocido⁴³⁹ las expresiones de la Corte IDH, donde manifiesta que la libertad de expresión es la piedra angular de un Estado democrático. Este derecho comprende una doble

⁴³⁷ Op. Cit. Gustavo Zagrebelsky. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Págs. 16 y 17; Op. Cit. Robert Alexy. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Pág. 103.

⁴³⁸ Op. Cit. Corte I.D.H., *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Párrafo 72

⁴³⁹ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 028-12-SIN-CC. Sentencia de 17 de octubre del 2012. Pág. 139.

dimensión⁴⁴⁰, por un lado el derecho individual de expresarse y difundir ideas y opiniones de toda índole, que comprende el derecho utilizar el medio más apropiado y de llegar al mayor número de destinatarios⁴⁴¹. Por otro lado, la dimensión social, se refiere al derecho correlacionado de buscar información y el derecho a recibir y tener acceso a las ideas e información producida por otros⁴⁴². Si se vulnera el derecho de expresarse libremente en asuntos de interés público, se podría afectar también el derecho de la colectividad de recibir dicha información. Se debe recordar que el derecho de selección de la información, pertenece a los ciudadanos y no a los funcionarios públicos.

La libertad de expresión no protege únicamente el discurso o las ideas que resultan inofensivas, sino también aquellas que puedan “chocar o perturbar al Estado o a un grupo determinado”. Esto evidencia el grado de tolerancia que existe dentro de una sociedad hacia el pluralismo. Resultaría contrario al nuevo constitucionalismo una posición diferente, el autor Gustavo Zagrebelsky, señala que el único contenido sólido del derecho constitucional actual, es la pluralidad de valores y principios⁴⁴³, ello se debe a la aceptación y tolerancia de la pluralidad de ideas y pensamiento, a la existencia de grupos diversos, de diversas etnias y nacionalidades, de diversos intereses, a la aceptación del ser humano como un individuo libre. Una posición de intolerancia hacia lo chocante, devengaría en una posición absolutista. Lo que traería una consecuencia devastadora para la libertad de expresión y la preservación de la democracia y del mismo Estado.

Cada persona es la llamada a decidir qué información merece su atención y qué información debe ser descartada, fortaleciendo así el ejercicio de la democracia y el pensamiento crítico. Es vital para la libre expresión, la existencia de ideas favorables y divergentes, la existencia de un medio que fomente la libertad de expresión, un espacio donde

⁴⁴⁰ Op. Cit. Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*. Párrafo. 30.

⁴⁴¹ Op. Cit. Corte I.D.H., *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Párrafo 65.

⁴⁴² Op. Cit. Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia. Párrafo 77.

⁴⁴³ Op. Cit. Gustavo Zagrebelsky. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Págs. 110-111

se dé espacio al error para que el libre flujo de ideas pueda subsistir⁴⁴⁴. Si se da una restricción innecesaria a este elemento fundamental de la democracia, produciría un efecto disuasivo en el ejercicio del derecho, es decir de autocensura, y lo que se lograría es el silencio de los críticos⁴⁴⁵. Esto sería guiar al Estado indirectamente hacia un control desmesurado sobre el contenido de la información y de las opiniones acertadas, lo que condicionaría la verdadera existencia de una democracia. Por esta razón la importancia de satisfacción del bien en contrario es sumamente alta.

4.3.4 La satisfacción de la libertad de expresión justifica la restricción del derecho al honor: creación de la regla

Anteriormente se hizo referencia a la existencia de posibilidades fácticas, pero para realizar propiamente el ejercicio de ponderación a través de un juicio de proporcionalidad, se establece que debe seguir una ley en relación a las posibilidades jurídicas: “cuánto mayor sea el grado de no cumplimiento de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del otro”⁴⁴⁶. Por las razones y motivación establecidas en este punto y en el anterior se puede concluir que el no cumplimiento de la protección al honor de un funcionario público por críticas emitidas en su contra sobre las actividades de interés general (mayor grado de no cumplimiento), es justificada por el mayor grado de cumplimiento e importancia del derecho a la libertad de expresión al expresar críticas que contribuyen al debate público y a la idoneidad e integridad de los funcionarios para ocupar cargos públicos. Esto crea la regla que las expresiones de opinión rendidas bajo el amparo del derecho a la libertad de expresión acerca un funcionario público o figura pública expuesta voluntariamente a la crítica pública y que se refieran a las actividades de interés general que realiza no pueden ser consideradas como injuriantes al honor del mismo.

En conclusión, las declaraciones rendidas por Mónica Chuji en la entrevista publicada en el diario El Comercio, en la sección de Política el 6 de febrero del 2011, no se adecúan en

⁴⁴⁴ Corte Suprema de los Estados Unidos de América. *Hustler Magazine vs. Falwell*, 108 S. Ct. 876, 881 (1988) citado en Robert C. Post. *El Estado frente a la Libertad de Expresión*. Edición y Traducción de Eduardo Bertoni y Julio C. Rivera. Argentina: Fundación Universidad de Palermo, 2011. Pág. 68.

⁴⁴⁵ Id. Párrafo 101.

⁴⁴⁶ Op. Cit. Robert Alexy. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Pág. 103.

el elemento objetivo ni subjetivo del tipo penal de injurias calumniosas. La condena penal no resulta idónea ni necesaria en este caso por la existencia de medidas menos restrictivas que permitan ejercer el principio en contrario (libertad de expresión) en mayor medida de lo posible. Las razones jurídicas basadas en criterios objetivos “univerzalizables” desarrollados por la Corte IDH, las cortes vecinas, así como la obligación del juez de instancia de realizar un control de convencionalidad y la obligación de aplicar directamente la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos, legitiman esta solución de doble adecuación. La primera positiva en que las circunstancias del caso se encuadran en una regla que se deriva del derecho de libertad de expresión constitucionalmente protegido y una negativa, en la que el mismo análisis concluye en la falta de adecuación de las circunstancias al tipo penal de injurias calumniosas. En este caso, el derecho a la honra se ve relativizado por la importancia de la libertad de expresión dentro de una sociedad democrática.

Capítulo 5.- Conclusiones

La libertad de expresión es un derecho fundamental que cuenta con una base sólida desde el inicio del movimiento constitucionalista, al igual que el derecho al honor y dignidad. Sin embargo, ambos derechos fundamentales no son absolutos y para que puedan coexistir deben ser relativizados de acuerdo a las circunstancias y posibilidades jurídicas y fácticas de cada caso, en donde uno estará por encima del otro y viceversa. Pero estas circunstancias en específico, no se encuentran contempladas en la ley ya que resultaría un trabajo indefinido para el legislador. Por ello, estos criterios que determinan la supremacía del uno sobre el otro deben ser dilucidadas por las autoridades judiciales a través de un ejercicio razonado en el que se pretenda la realización de los derechos fundamentales al máximo posible. De tal manera que se pueda determinar la adecuación de las circunstancias específicas del caso a la regla creada judicialmente, para generar o no la consecuencia establecida por el legislador. El hacer una afirmación contraria, se estaría contraviniendo la esencia misma de un Estado garantista.

El Ecuador es un seguidor de la tendencia neoconstitucionalista. Aunque hay posturas que niegan la novedad de esta tendencia, como Juan Antonio García Amado, y otras que la apoyan como Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Miguel Carbonell, entre otros, considero inteligente optar por una postura un poco más conciliadora con el tema porque responde a la realidad y al contexto jurídico en el que nos vemos inmersos. La Corte Constitucional del Ecuador, como máximo órgano de interpretación y control constitucional, ha manifestado que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y de justicia, en el que la Carta Constitucional responde a una nueva postura que combina la existencia de reglas y de principios en una norma. Esto se puede ver plasmado en la Sentencia Interpretativa No. 0001-09-SIC-CC en la que la Corte citó a autores que han contribuido al desarrollo del nuevo derecho constitucional como Robert Alexy y Ronald Dworkin. Así como también en la Sentencia No. 064-10-SEP-CC en la que citando a Ramiro Ávila Santamaría, seguidor de esta tendencia y quien es publicado constantemente en las series del Ministerio de Justicia, se observa una clara inclinación favorable al nuevo derecho constitucional.

Por otro lado, es una realidad jurídica que la Carta Fundamental contiene una serie de principios que rigen la actuación pública, esto tanto para el procedimiento de aplicación directa de la Constitución como en la existencia de directrices para la formación de criterios y toma de decisiones. Los estudiosos de esta doctrina han planteado ciertas características de las constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial, momento en el que inicia en nuevo derecho constitucional, con las que cumple la Constitución del Ecuador. Entre ellas son, el Estado sometido al derecho y principio de legalidad, división de poderes, un amplio catálogo de derechos fundamentales y su exigibilidad, aplicación directa e inmediata de la Constitución, existencia de garantías jurisdiccionales y mecanismos de exigibilidad, aplicación directa de los instrumentos de derechos humanos que no requieren estar instrumentalizados en una norma, es decir que son *self executing*, la “constitucionalización” del principio *pro homine*, la fuerza vinculante y suprema de la Constitución, la existencia de principios rectores para la interpretación constitucional, la interpretación conforme de las leyes, proceso de constitucionalización, reconocimiento de valores, activismo judicial, amplio desarrollo teórico y aplicación de la Constitución para legitimar los actos públicos.

Por lo mencionado, se justifica la utilización de un ejercicio de ponderación a través de un juicio de proporcionalidad con las reglas procedimentales brindadas por la doctrina que apoya esta visión, por el derecho internacional y por la Constitución de la República para la resolución judicial del conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor y buen nombre de una figura pública. Se tiene que considerar la protección del derecho al honor por una norma-regla como es el Código Penal y por otro lado, la protección del derecho a libertad de expresión protegido en la Constitución como una norma-principio, que de manera *a priori* no tiene un mandato en específico, pero al jugar en sentido contrario se activa para la toma de decisiones, momento en el que se tiene que dar sentido concreto al principio.

El ejercicio de ponderación llama a que se haga la fundamentación jurídica de los derechos constitucionales para determinar el grado de afectación que sufre un derecho con un comportamiento determinado. Después, se debe determinar cuál es la importancia de satisfacer el derecho que juega en contra para finalmente concluir si la satisfacción del segundo principio justifica el no cumplimiento del primero o viceversa. Así entra en juego la revisión de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de una interferencia. Estos criterios

deben ser fundamentados por el juez o jueza a través de estándares “universalizables” como lo llama Manuel Atienza, en materia de libertad de expresión y derecho a la honra, que permitan tener al operador de justicia una argumentación, consistente, lógica y coherente para determinar la gradualidad de los derechos en juego.

La fundamentación jurídica de los derechos constitucionales que básicamente se reduce a la argumentación de los derechos humanos, se debe acudir a estándares aceptados, porque el derecho se encamina hacia la unificación, sobre todo en materia de derechos humanos. Para lograrlo, no sólo se debe cumplir con las exigencias de una motivación judicial y la garantía estatal sobre los derechos humanos, sino también con el control de convencionalidad que deben ejercer los jueces al momento de tomar decisiones, mediante la aplicación de los instrumentos internacionales que forman parte del bloque legislativo del Estado constitucionalmente reglado. Tanto los jueces y juezas ordinarios, como los constitucionales que se caracterizan en el nuevo derecho constitucional como activistas, son los llamados a verificar el cumplimiento de un tratado internacional, en este caso de la CADH no sólo por la aplicación de sus disposiciones sino también que deben acudir a la interpretación autorizada del mismo, así ejercer propiamente un control de convencionalidad, como lo ha determinado la Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Esto a su vez, con dos objetos en particular, por un lado de dotar de contenido jurídico conforme al derecho a la libertad de expresión y en segundo lugar, para así cumplir con la obligación de garantizar el cumplimiento efectivo de los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales con las medidas que fueren necesarias y evitar una violación de derechos humanos, en cumplimiento de Art. 2 de la CADH. Una aplicación del derecho contraria, dejaría sin efecto útil la existencia de los tratados e instrumentos internacionales y se perdería la esencia del derecho internacional de los derechos humanos y del nuevo derecho constitucional.

Los criterios universalizables son aquellos que son capaces de ser adaptados a distintos casos por distintas cortes, por esta razón se demostró en el segundo capítulo que el contenido jurídico del derecho a la libertad de expresión contiene este tipo de criterios que han sido desarrolladas por las cortes internacionales y aplicados ya por las cortes internas a nivel mundial. Cuando se encuentran en conflicto la libertad de expresión y el derecho a la honra de una figura pública, como he planteado en la hipótesis, sea este un funcionario público o una

persona que por su actividad está expuesto a la crítica pública, el análisis necesariamente debe tomar un cauce diferente. No basta determinar si las declaraciones rendidas por un supuesto autor atentan por sí solas una afrenta a la honra y dignidad del querellante. Sino que se debe analizar a la luz del derecho a la libertad de expresión, determinado si una deliberación de opinión o información en un determinado contexto se encuentra protegida por este derecho. Un análisis aislado, deja inmediatamente en indefensión a la parte querellada o demandada porque no se estaría considerando de manera alguna las circunstancias que pueden justificar una publicación dentro de una sociedad democrática. De igual manera, la autoridad judicial, no estaría proveyendo las razones relevantes y suficientes que motivaron y que justifican una interferencia en el derecho protegido. Por esta razón cuando una publicación u opinión es rendida durante el ejercicio de la libertad de expresión, en contra de una figura pública, sea funcionario o no del gobierno, ésta debe ser analizada a partir del interés que genera dicha información en una sociedad democrática y en el control social, y no a partir de la afectación que produce en el sujeto supuestamente afectado.

Así como también, queda evidenciado en el capítulo segundo que el derecho a la libertad de expresión no se agota en que un individuo pueda emitir sus opiniones y expresiones con sujeción a la ley, sino que contempla un derecho colectivo de todos los ciudadanos a estar bien informados, tal como lo ha señalado la Corte IDH en la *Opinión Consultiva OC5-85*. Lo que determina que son dos dimensiones que deben ser necesariamente analizadas. Por esta razón, no se protege únicamente las expresiones que puedan ser favorables o inofensivas, sino también aquellas que causen controversia, que ofendan o choquen a un grupo determinado de la población o al propio Estado, estándar que ha desarrollado en un inicio el Tribunal Europeo en el caso *Handyside vs. Reino Unido*, y aplicado por la Corte IDH y las cortes domésticas como se evidenció en el Capítulo 3. No está por demás mencionar que de igual forma no es un derecho absoluto y que existen restricciones legítimas al derecho, que están contenidas en el artículo 13 de la CADH y entre ellas está el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, tema del que me he ocupado en esta tesina.

Al tratarse de figuras públicas, en especial todos los funcionarios públicos quienes se encuadran en esta limitación, están sometidos a una crítica constante. No por la calidad del

sujeto, sino en base a la naturaleza de la actividad que realiza. Una figura pública sin ser funcionario público, está expuesto al escrutinio público porque realiza actividades que le interesan a la sociedad, como por ejemplo personas que manejan grandes contratos con el Estado a través de concursos públicos, o personas que brindan asesoría al Estado, etc., si se ven inmersos en posibles irregularidades, claramente la sociedad tendrá un legítimo interés en estar informada. No se diga, en relación a los funcionarios públicos que manejan directamente presupuesto estatal, que se adhieren a un plan de gobierno que afecta a todos los ciudadanos, quienes toman las decisiones políticas, económicas y administrativas, las decisiones judiciales, quienes ejercen actos legislativos, denuncias de tratados internacionales, terminaciones y ratificaciones, etc. No es sino, por esta razón que tienen un umbral menor de protección en el derecho a la honra y reputación, esto constituye un estándar internacional en la materia. Es decir que visto del otro lado que existe una presunción de supremacía de libertad de expresión del crítico cuando lo ejerce en contra de figuras públicas.

Adicionalmente, queda como conclusión la necesidad de marcar una diferencia entre las opiniones o juicios de valor con las afirmaciones sobre hechos fácticos que constan en las publicaciones, ya que nadie absolutamente nadie puede ser sujeto a sanción por sus opiniones vertidas en relación a un hecho probado. Si el hecho es el que se acredita como falso, esto debe ser probado a través del estándar de la *real malicia* desarrollado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *New York Times vs. Sullivan* y aplicado por la Corte IDH, por la Corte Suprema de México y de Argentina. Es decir el actor, debe probar que la deliberación de información se hizo a sabiendas de su falsedad, con manifiesta negligencia en la verificación de datos y con la intención de infligir un daño al presunto agraviado.

Por otro lado, es determinante considerar que en el libre debate de ideas, tiene que haber tolerancia al error, porque en el evento que no exista el pleno acceso a una información oficial o no se obtiene la información por trabas innecesarias, no resulta lógico inclinarse por una “no publicación”, ya que esto puede esconder el mal manejo de fondos públicos o actos ilegales dentro de la Administración Pública. Por ello, en ciertas ocasiones sí se puede justificar la publicación de información errónea y resulta vital para la subsistencia de la democracia y la transparencia de las actividades públicas, las excepciones de una *publicación razonable*, de *buena fe*, de *reporte fiel de algo ya publicado* y de *información contenida en el*

dominio público, ya que da un espacio necesario para que pueda existir un debate público sin cortapisas ni trabas que fomente la formación de la opinión crítica. De esta forma prima el derecho colectivo a la información, la réplica y el libre flujo de ideas, sobre el que los ciudadanos tienen el derecho de selección de información vertida no el Estado.

Teniendo esto en cuenta, es el juez el llamado a analizar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de una medida dentro de la democracia deliberativa y participativa y justificarla de manera tal que sea la menos restrictiva dentro de las posibilidades fácticas para el derecho en juego. De ahí, que la aplicación de tipos penales para lograr este objetivo deba ser utilizado en *última ratio* ya que es el mecanismo más restrictivo y coercitivo del derecho. Se debe acudir al derecho penal cuando no exista otra medida contemplada en la ley que pretenda cumplir el objetivo legítimo perseguido, esto constituye el estándar internacional de la “medida menos restrictiva o medidas alternativas” que se puede evidenciar en el caso resuelto por la Corte IDH *Usón Ramirez vs. Venezuela*. Se pueden otro tipo de medidas que fomenten el debate público, en primer lugar una no intervención (recordando que cualquier disposición judicial representa una interferencia en el derecho) después una interferencia mínima como el derecho a respuesta o réplica, después una rectificación, una sanción civil, administrativa y por último penal. Por esta razón, la responsabilidad ulterior por el ejercicio excesivo de la libertad de expresión, contemplada en sanciones penales, debe ser eliminada de los ordenamientos jurídicos ya que existen medidas menos restrictivas que cumplen con el mismo objeto que la norma penal, que es proteger el honor.

Se ha demostrado que tanto en el nivel internacional, la Corte IDH, el Tribunal Europeo, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Comisión Africana, la CIDH y las cortes domésticas en México, Colombia, Argentina, Alemania, España y Estados Unidos, han resuelto los casos en los que se enfrentan estos derechos con criterios internacionales y universalizables, en función de una sociedad democrática. El derecho a la libertad de expresión es la piedra angular de la democracia como señalan los organismos internacionales y es un componente fundamental de la misma de acuerdo al artículo 4 de la Carta Democrática Interamericana. En algunos casos como en Colombia y México existe la presunción de la supremacía de la libertad de expresión y a partir de esta idea, que se debe desplegar el análisis del caso en concreto. La Constitución del Ecuador llama a aplicar los

instrumentos internacionales de derechos humanos que sean más favorables para los derechos, de ahí que las normas de desacato, aquellas que dan una mayor protección a los funcionarios públicos por injurias rendidas en su contra, son incompatibles con éstos y con la misma Constitución ya que crean un efecto de auto censura en los críticos del gobiernos y ponen al ciudadano en situación de desventaja frente al poder punitivo y coercitivo del Estado. Por esta razón, se puede considerar que la Disposición única Derogatoria de la Constitución, deroga por el imperio de la ley esta norma contemplada en el artículo 493 del Código Penal del Ecuador. El juez debe aplicar la que sea más favorable y responda al principio *pro homine*.

Sin embargo, esto no termina el conflicto ya que la penalización de las injurias sigue siendo una opción dentro de la legislación para que el funcionario o figura pública pueda reclamar ante una corte de justicia. Por esta razón son los jueces quienes deben crear reglas a partir de la fundamentación jurídica de los derechos constitucionales o acudir a mecanismos legales que impidan la aplicación de una norma restrictiva, como la remisión del caso a la Corte Constitucional, por ejemplo. Esta es una interpretación que debe ser evolutiva y adecuarse a las exigencias de una sociedad democrática. Por esta razón la actividad judicial racional que representa una característica esencial en el nuevo derecho constitucional, es más aún un desafío dentro de la Función Judicial del Ecuador. Se demostró en base al segundo capítulo, en el que hice referencia al alcance del derecho a la libertad de expresión, que dentro del Ecuador existe una gran inobservancia de los estándares internacionales en esta materia, como por ejemplo en los casos resueltos por las cortes domésticas como la condena penal y pecuniaria en contra al editorialista Emilio Palacio en el caso “El Universo” por criticar al Presidente de la República; la sanción civil sumamente cuantiosa en contra de los periodistas Christian Zurita y Juan Carlos Calderón autores del libro “Gran Hermano” por denunciar la existencia de contratos entre el Estado y el hermano del Presidente de la República, Fabrizio Correa; la condena penal a Jaime Mantilla, director del diario Hoy en el caso iniciado por el ex Presidente del Directorio del Banco Central, Pedro Delgado; la condena al editorialista Rodrigo Fierro Benitez por criticar al ex presidente León Febres Cordero.

Estos entre otros, son muestras que en las sentencias no se ha analizado de manera alguna la importancia que tienen las declaraciones rendidas en contra de funcionarios públicos dentro de una sociedad que tiene el derecho a opinar y a recibir información de toda índole. El

sólo ejercicio de subsunción en estos casos, no es suficiente ya que requiere de un análisis mayor donde se discuta la coexistencia de derechos de igual jerarquía en un contexto jurídico donde éstos deben optimizarse al máximo y relativizarse entre sí, para satisfacer las exigencias de una sociedad heterogénea.

No está por demás mencionar los actos de perdón otorgados dentro de los procesos que siguen los funcionarios públicos por injurias calumniosas, no termina el problema existente porque el dictamen de estas sentencias y los procesos en sí, ya sean civiles o penales, pueden convertirse en mecanismos disuasivos que restringen indirectamente el derecho a la libertad de expresión, ya que el miedo del posible crítico a ser procesado no ha sido eliminado. La única forma de frenar la autocensura, es evitando los procesos innecesarios mediante la creación de criterios judiciales racionales en la materia, así otorgar al querellado una posible defensa.

Sin perjuicio que está justificada la inobservancia de estos estándares por las autoridades judiciales, queda demostrado en el capítulo cuarto, donde realicé el ejercicio de ponderación que se puede alcanzar soluciones racionales. Es por esta razón que planteo la necesidad de conciliar ciertos pasos procedimentales expuestos por la doctrina y la Corte IDH, como aquellos planteados en la *fórmula del peso* de Robert Alexy, así como la argumentación jurídica y teoría del discurso de los derechos constitucionales, con los pasos de ponderación realizados por la Corte IDH en el caso *Kimel vs. Argentina*. Pero, sin caer en la asignación de valores numéricos de Alexy, que Manuel Atienza, considera como un proceso innecesario. Comparto esta visión de Atienza ya que lo explica como un esquema que puede confundir al lector, ya que parecería que la importancia recae en la operación matemática, pero lo que otorga el peso reflejado en un número, son los criterios utilizados en la argumentación. Como criterios sustanciales para la graduación considero utilizables aquellos desarrollados por la Corte IDH y la CIDH quienes realizan la interpretación autorizada de la CADH, ratificada por el Ecuador el 8 de diciembre de 1977. Además que el Ecuador reconoció la competencia de la Corte IDH el 24 de julio de 1984 y la de la CIDH el 13 de agosto de 1984. De esta manera, utilizar criterios aceptados que deben estar expuestos de manera concordante, consistente y seguir las reglas de un proceso lógico.

Esto anterior crea una situación general en la que las circunstancias concretas del caso se adecúan para desplegar una consecuencia, así determinar o no la existencia de responsabilidad, un eximente, atenuante, etc. Tiene como fuente la propia argumentación jurídica, que concluye con una regla. Por ejemplo en el caso que elegí para realizar el ejercicio de ponderación, fue el conocido caso de Vinicio Alvarado, ex Secretario de la Administración Pública, en contra de la activista Mónica Chuji por injurias calumniosas al haber imputado el delito de enriquecimiento ilícito. Fue condenada a tres años de prisión y al pago de cien mil dólares americanos por indemnización de daños. Después la querellada fue perdonada.

En el ejercicio que realicé se verificó que el derecho al honor no sufrió vulneración porque fue una declaración de un juicio de valor razonable sobre un hecho no controvertido, emitida en contra de un funcionario público que tiene un umbral de menor protección en el derecho a la honra, siendo este un estándar internacional. Además dichas declaraciones aportaron al debate público y desinhibido que fomenta el control social. Se concluyó que la importancia de satisfacción de la libertad de expresión era alta en el caso en concreto ya que cuestionaba la integridad e idoneidad de una persona para ocupar un cargo público, además otorgaba información que la sociedad tiene el derecho a conocer y debatir. Por ello, la satisfacción del segundo derecho justifica el no cumplimiento del primero. Esto crea una regla que supone que “las expresiones de opinión sobre un hecho rendidas bajo el amparo del derecho a la libertad de expresión acerca un funcionario público o figura pública expuesta voluntariamente a la crítica pública, y que se refieran a las actividades de interés general que realiza no pueden ser consideradas como injuriantes al honor del querellante”.

Entonces se creó una doble adecuación, la primera positiva en que las circunstancias del caso se encuadran en una regla que se deriva del derecho de libertad de expresión constitucionalmente protegido. Una negativa, en la que por cumplirse la regla, no se adecúa al presupuesto de hecho contemplado en el tipo penal de injurias calumniosas y no se puede desplegar la consecuencia de pena privativa de libertad. En este caso, el derecho a la honra se ve relativizado por la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática.

Este es un ejercicio que debe hacerse caso por caso, pero cuando una deliberación es rendida en contra de una figura u oficial público, existe una presunción de supremacía de la

libertad de expresión por la preservación de los valores democráticos, de ahí se deriva el ejercicio de ponderación donde se debe graduar con la verificación de los criterios internacionales en la materia, por lo que la ley penal debe ser utilizada en última instancia, es decir el principio de intervención mínima y ser verificada con cautela. Entonces en este ejercicio de ponderación se concluyó que el caso no justificaba una sanción penal por no ser proporcional a las exigencias del caso, es decir para la protección de la honra y se concluyó que quedaba derogada la disposición del desacato.

Si bien este ejercicio de ponderación no tiene validez jurídica, tiene validez académica y pretende demostrar que el activismo judicial racional dentro del nuevo derecho constitucional puede traer grandes progresos en materia de derechos humanos, y debe existir necesariamente un fortalecimiento de la Función Judicial, en cuanto a su independencia e imparcialidad para cumplir con las demandas de una sociedad plural y heterogénea. Pero posteriormente se deberá caminar hacia la protección de la reputación de las figuras y funcionarios públicos por medio de sanciones menos restrictivas como respuestas, rectificaciones o sanciones civiles y administrativas, sin permitir el acceso al sistema penal en los casos de interés público. Por todo lo expuesto, se evidencia la supremacía de la libertad de expresión frente al derecho a la honra de una figura pública dentro de un conflicto de derechos en el neoconstitucionalismo.

Bibliografía

Instrumentos Internacionales:

- Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos.* Aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana reunida en Nairobi, Kenya.
- Carta Democrática Interamericana.* Organización de los Estados Americanos. Aprobada en la Primera Sesión Plenaria. Celebrada el 11 de septiembre del 2001. Artículo 4.
- CIDH., *Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión.* Adoptada por Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 108º período de sesiones celebrado del 2 al 20 de octubre del 2000.
- Comisión Africana de Derechos de las Personas y de los Pueblos. *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión en África.*, aprobada en Banjul, el 23 de octubre del 2002 en la Sesión 32.
- Convención Americana de Derechos Humanos.* Aprobada en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de Noviembre de 1969.
- Convención de Viena sobre la Interpretación de los Tratados.* U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.U.S. 331. Adoptado el 23 de mayo de 1969. Entró en vigencia el 27 de enero de 1980.
- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.* Adoptado el 4 de noviembre de 1950. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.* Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia, 1948.
- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.* Adoptada por la Asamblea Nacional de Francia en 1789.
- Declaración Universal de Derechos Humanos.* Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 10 de diciembre de 1948. Resolución 217 A.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.* Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 mediante resolución 2200 A (XXI). Entró en vigencia el 23 de marzo de 1976.

Plexo normativo nacional:

- Código Penal del Ecuador.* Registro Oficial Suplemento 147 de 22 de enero de 1971. Última modificación 18 de marzo del 2011.

Constitución de la República del Ecuador 1830. Aprobada el 23 de septiembre de 1830 por el Congreso de la República. Biblioteca Virtual. Escuela Politécnica del Ejército. <<http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/1830.pdf>>.

Constitución de la República del Ecuador de 1869. Aprobada el 10 de abril de 1869 por la Convención Nacional del Ecuador. Biblioteca Virtual. Escuela Politécnica del Ejército. <<http://biblioteca.espe.edu.ec/upload/1861.pdf>>.

Constitución de la República del Ecuador. Artículo 427. Publicada en el Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008. Artículo 427.

Constitución Quiteña del 15 de febrero de 1812. Corte Nacional de Justicia. Sin fecha de publicación. Fecha de acceso 04 de marzo del 2013. <<http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/constituciones/2%201812a%20quitenia.pdf>>.

Constituciones del Ecuador desde 1830 hasta 2008. Biblioteca Virtual. Escuela Politécnica del Ejército. <http://biblioteca.espe.edu.ec/index.cgi?wid_seccion=35>.

Ley de Comunicación. Publicada en el Registro Oficial N° 22. Tercer Suplemento de Martes 25 de junio de 2013.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 52 de 22 de octubre de 2009.

Doctrina:

Abraham, Henry J. “Judicial Activism and Judicial Restraint”. *The Judiciary. The Supreme Court in the Governmental Process*. Tenth Edition. New York and London: New York University Press, 1996.

Alexy, Robert. “La fórmula del peso”. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Trad. Manuel Atienza e Isabel Pulido. 2da Edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

Alexy, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

Article 19, Global Campaign for Freedom of Expression. *Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to information*. . International Standards Series; ISBN 1 870798 89 9. Adopted in Johannesburg, 1 october 1995. <<http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?page=category&category=LEGAL&publisher=ART19&type=&coi=&docid=4653fa1f2&skip=0>>.

Atienza, Manuel. “A vueltas con la ponderación”. *La Razón del Derecho*. Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas. N° 1 – 2010. Disponible en <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/amh_MA_13174.pdf>.

Atienza, Manuel. *Argumentación y Constitución*. Departamento de Fundamentos del Derecho y Derecho Penal. Área de Filosofía del Derecho. Universidad de Alcalá. Sin fecha de

publicación. Fecha de acceso: 28 mayo 2013. Disponible en: http://www2.uah.es/filder/manuel_atienza.pdf.

Ávila Santamaría, Ramiro. *En defensa del neoconstitucionalismo transformador: los debates y argumentos*. Repositorio Institucional del Organismo Académico de la Comunidad Andina de Naciones: marzo 2012.

Bobbio, Norberto. *El positivismo jurídico*. Trad. Rafael de Asís y Andrea Greppi. Madrid: Debate, 1998.

Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*. Quito: Cevallos Editora Jurídica, junio 2010.

CIDH., Relatoría Especial para la Libertad de Expresión *Violaciones indirectas a la libertad de expresión*. OEA. Sin fecha de publicación. Fecha de acceso 10 abril 2013. <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=270&IID=2>. Párrafos 1 y 2.

CIDH., Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. “Leyes de desacato”. *Informe Anual de Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*. Capítulo IV. Sección A.. 1998. <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/desacato/Informe%20Anual%20Desacato%20y%20difamacion%201998.pdf>.

CIDH., Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. “Diversidad, pluralismo y libertad de expresión”. *Una agenda hemisférica para la libertad de expresión*. OEA. 2010. Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 4/09. http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/cd/sistema_interamericano_de_derechos_humanos/index_AHDLE.html >.

CIDH., Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión 2011*. OEA/Ser.L/V/II Doc.69 v.2.

CIDH., Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión 2012*. OEA/Ser. L/V/II. 147. Doc. 1. Vol. 2 de 5 de marzo 2013.

CIDH., Relatoría especial para la libertad de Expresión. OEA. *Antecedentes e interpretación de la Declaración de Principios*. Sin fecha de publicación. <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=132&IID=2>.

CIDH., *Segundo Informe sobre la Situación de los Defensores de Derechos Humanos en las Américas*. OEA/Ser. L/V/II Doc. 66 de 31 diciembre 2011.

Comanducci, Paolo. *Hacia una teoría analítica del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

Corte Constitucional del Ecuador. *El nuevo constitucionalismo en América Latina*. Quito: Editora Nacional, junio 2010.

Corte I.D.H., Barajas Montes de Oca, Santiago. “La O.I.T y los Derechos Humanos del Trabajador”. *Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio*. OEA. Volumen I. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos y Unión Europea, 1998. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/FixVol1.pdf>.

Díaz, Elías. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Sexta edición. Madrid: Edicusa, 1975.

- Ferrajoli, Luigi. *Democracia y garantismo*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2008.
- Fraleigh, Douglas M., and Tuman, Joseph S. "Defamation of carácter and Related issues". *Freedom of Speech in de marketplace of ideas*. New York: St. Martin's Press, 1997.
- García Amado, Juan Antonio. "Dudosas Novedades. Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores". Trabajo dentro del proyecto de investigación *Teoría del Derecho y proceso. Sobre los fundamentos normativos de la decisión judicial*. Universidad de León (España). Financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia de España. Referencia SEJ2007-64496.
- García Belaunde, Domingo. *¿Constitucionalismo democrático o democracia constitucional?* Biblioteca Jurídica Virtual. Universidad Autónoma de México. Sin fecha de publicación. Fecha de acceso 03 marzo 2013. <biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2123/31.pdf>.
- García Ramírez, Sergio y Gonza, Alejandra. *Libertad de Expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Primera Edición. Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, 2007. <http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/libertad_expression.pdf>.
- García, Aurelio. *Historia de las doctrinas e instituciones políticas*. Quito: Editorial Universitaria, 1965.
- Guastini, Riccardo. *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Publicado 2007. Trad. Miguel Carbonell y Pedro Salazar. Segunda edición. Instituto de investigaciones jurídicas-UNAM. Madrid: Editorial Trotta, 2010.
- Jouanjan, Oliver. "Freedom of Expression in the Federal Republic of Germany". *Indiana Law Journal*. Vol. 84. Issue 3, Article 5: enero 2009. Disponible en: <<http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol84/iss3/5>>.
- Justo López, Mario. *La constitución jurídica. Manual de derecho político*. Segunda Edición. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1997.
- Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. Trad. Roberto J. Vernengo. Universidad Nacional Autónoma de México. 1986. Portal de la Universidad de Valencia. Fecha de acceso: 7 marzo 2013 <<http://www.uv.es/mariaj/textos/kelsen.pdf>>.
- Melish, Tara. *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Quito: Centro de Derechos Económicos y Sociales, 2003. Págs. 334-335.
- Olano, Carlos Alberto y Olano, Hernán Alejandro. *Derecho Constitucional e instituciones políticas*. Tercera Edición. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 2000.
- Organización Internacional del Trabajo. *Orígenes e Historia*. Sin fecha de publicación. Fecha de acceso 14 mayo 2013. <<http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--es/index.htm>>.
- Orunesu, Claudina et. al., "Dinámica e interpretación de los sistemas constitucionales". *Estudios sobre la interpretación y dinámica de los sistemas constitucionales*. México: Fontamara S.A., 2009.
- Pereira Menaut, Antonio-Carlos. *¿Qué es la Constitución?. Teoría Constitucional y otros escritos*. LexisNexis. Segunda edición chilena. Sin fecha de publicación.

- Post, Robert C. *El Estado frente a la Libertad de Expresión*. Edición y Traducción de Eduardo Bertoni y Julio C. Rivera. Argentina: Fundación Universidad de Palermo, 2011.
- Ravinovich-Berkman, Ricardo D. *Recorriendo la Historia del Derecho*. Segunda Edición. Quito: Cevallos Editora Jurídica, Septiembre 2006.
- Reig Satorres, José Dr., y Larrea Holguín, Juan I. Dr. *Manual de Historia del Derecho en Ecuador*. 2da Edición. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2000.
- Rousseau, Jean-Jacques. *El contrato social o Principios de derecho político*. Traductora María José Villaverde. Cuarta edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.
- Sánchez Bringas, Enrique. “El constitucionalismo Medieval”. *Derecho Constitucional*. Cuarta Edición. México: Editorial Porrúa, 1999.
- Smet, Stijn. “Freedom of expression and de right to reputation. Rights in conflict”. *The American University International Law Review*. (26:1, 2010] Págs. 192-200. Disponible en <<http://www.auilr.org/pdf/26/26.1.8.pdf>>.
- Tamayo y Salmorán, Rolando. *La teoría del Derecho de John Austin*. Biblioteca Jurídica Virtual. Universidad Nacional Autónoma de México. <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2108/31.pdf>>.
- Tribe, Lawrence H., y Dorf, Michael C. *Interpretando la Constitución*. Presentación y revisión de César Landa Arroyo. Trad. Jimena Aliaga Gamarra. Primera Edición. Lima: Palestra Editores, marzo 2010.
- UN Human Rights Council. Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of opinion and expression, La Rue, Frank. *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*. UN Doc A/HRC/17/27, 2011.
- United Nations Comission on Human Rights. *The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*. Principle 4. E/CN.4/1985/4. Publication Date. 28 September 1984.
- Valadés, Diego. *Estado de Derecho*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH). Sin fecha de publicación. Fecha de acceso 25 de febrero del 2013. <http://www.iidh.ed.cr/comunidades/redelectoral/docs/red_diccionario/estado%20de%20derecho.htm>.
- Vintimilla Saldaña, Jaime. “La justicia constitucional ecuatoriana en la Constitución de 2008”. *IURIS DICTIO*. Revista del Colegio de Jurisprudencia. Universidad San Francisco de Quito. Director: Fabián Corral Burbano de Lara. Editor: Diego Pérez Ordoñez. Edición Año X, N°. 12. Quito: Ediciones Abya Yala, octubre 2009.
- Voto separado del juez Rodolfo E. Piza E., Corte IDH. OC-5 *La colegiación obligatoria de periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.
- Warren and Brandeis. “The right to privacy”. Vol. VI No. 5. *Harvard Law Review*. Fecha de Publicación 15 diciembre 1980.

Wim Janasen. “La democracia, un conversatorio”. *Cohesión social y derechos humanos*. Edit. Ana Lucía Córdova Cazar y Francisco López- Bermudez. ADA- Auditoría Democrática Andina. Quito: Corporación Editora Nacional, 2009.

Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Tercera Edición. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

Jurisprudencia internacional:

Comisión Africana de Derechos de las Personas y de los Pueblos. *Media Rights Agenda v. Nigeria* App 224/98. AHRLR 200. 2000.

Comisión Africana de Derechos de las Personas y de los Pueblos. *Scanlen & Holderness v. Zimbabwe*. App 297/05., Decisión del 03 abril 2009.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe No. 43/96 José Francisco Gallardo v. México. Caso 11.430*. Informe de 15 de octubre de 1996.

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. *Marqués de Morais v Angola*. Communication 1128/ 2002. Decidido el 29 Marzo de 2005.

Corte I.D.H., *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No 73.

Corte I.D.H., *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

Corte I.D.H., *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

Corte I.D.H., *Caso Escher y otros Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200.

Corte I.D.H., *Caso Fontevecchia y D’Amico v. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C. No. 238.

Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.

Corte I.D.H., *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74.

Corte I.D.H., *Caso Kimel Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177.

Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135

Corte I.D.H., *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*. Sentencia de 28 de enero de 200 . Serie C. No. 195.

Corte I.D.H., *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.

- Corte I.D.H., *Caso Ríos y otros vs. Venezuela*. Sentencia 29 de enero de 2009. Serie C No. 194
- Corte I.D.H., *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.
- Corte I.D.H., *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207.
- Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.
- Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.
- Corte I.D.H., *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6.
- Corte I.D.H., *Tristán Donoso vs. Panamá*. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Sunday Times v. Reino Unido*. Sentencia del 26 de abril de 1979.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso de Amann v Suiza*. App no 27798/95. Sentencia de 6 febrero 2000.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso de Campbell vs. Reino Unido*. Aplicación No. 13590/82. Sentencia de 5 de marzo de 1992.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso de Chauvy y otros vs. Francia*. Aplicación No. 64915/01. Sentencia de 29 de junio 2004.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso de Handyside v Reino Unido*. Sentencia de 4 noviembre de 1976. Serie A no 24.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso de Lingens vs. Austria*. Aplicación No. 9815/82. Sentencia de 8 de julio 1986.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso de Malone vs. Reino Unido*. Sentencia de 2 de agosto de 1984. Serie A No 82.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso de Pfeifer v. Austria*. Aplicación No. 12556/03. Sentencia de 15 noviembre de 2007.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Caso de Von Hannover v. Alemania*. Aplicación No 40660/08. Sentencia de 07 de febrero del 2012.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Council of Europe. "Proportionality. The margin of appreciation". *The Lisbon Network*. Sin fecha de publicación. Fecha de acceso 12 junio 2012. <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp#P156_16141>.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Klass and others v Germany*. Sentencia de 06 de septiembre de 1978. App. No. 5029/71. Series A no 28.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos., *Caso de Ageyevy v. Rusia*. Aplicación No. 7075/10. Sentencia de 18 de abril de 2013.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos., *Caso de The Sunday Times v. Reino Unido*. Párrafo 59 en Corte IDH. *La colegiación obligatoria de periodistas*.

Sentencias y casos ecuatorianos:

Corte Constitucional de Ecuador. *Sentencia interpretativa No. 0006-09-SIC-CC*. Caso No. 0012-08-IC. Registro Oficial Suplemento 43 de 8 de Octubre del 2009.

Corte Constitucional del Ecuador. Resolución 64. *Sentencia No. 064-10-SEP-CC* del Caso No. 0894-09-EP. Registro Oficial Suplemento 364 del 17 de enero del 2011. Pág. 6.

Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia Interpretativa No. 0001-09-SIC-CC*. Caso No. 0005-09-IC. Publicada en el Registro Oficial Suplemento 549 de 16 de marzo del 2009.

Corte Provincial de Pichincha. Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Residuales. *Causa No. 0162-2012*.

Corte Provincial de Pichincha. Tercera Sala de Garantías Penales. *Causa No. 2012-0450*. <<http://www.funcionjudicial-pichincha.gob.ec/index.php/consulta-de-procesos>>.

Corte Provincial del Guayas. Sala Segunda de lo Penal, Colusorios y Tránsito. *Proceso No. 09122-2011-0525*.

Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de Casación Penal. Resolución del Recurso de Casación. *Gaceta Judicial*. Año CV. Serie XVII. No. 15. Página 5091. 29 de octubre de 2004.

Corte Suprema del Ecuador. Primera Sala de lo Penal. Recurso de Casación. *Gaceta Judicial*. Año CX. Serie XVIII, No. 8. Página 2814. Quito, 1 de julio de 2009.

Juzgado Décimo Cuarto de Garantías Penales. *Causa No. 2011-0550*. Sentencia del 24 de noviembre del 2011.

Juzgado Décimo de Garantías Penales del Guayas. *Proceso No. 457-2001*.

Juzgado Décimo de Garantías Penales. *Causa No. 2009-1529*. Sentencia del 20 de diciembre del 2011.

Juzgado Quinto de Garantías Penales de Pichincha. *Causa No. 2012-0766*.

Juzgado Quinto de lo Civil de Pichincha. *Proceso No. 2011- 0265*.

Jurisprudencia y derecho comparado:

Constitución de Cádiz. Aprobada el 19 de marzo de 1812. Congreso de los Diputados. <http://www.congreso.es/docu/constituciones/1812/ce1812_cd.pdf>.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T263-10*.

- Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T391-07*.
- Corte Suprema de Argentina. Resolución del Recurso de Hecho. *Caso Patitó, José Ángel y otro c/Diario La Nación y otros*. Sentencia de 24 de junio 2008. XL. P.2297.
- Corte Suprema de Estados Unidos de América. *Curtis Publishing Co. vs. Butts*. 388 U.S. 130,162 (1967).
- Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica. *New York Times Co. v. Sullivan*. (No. 39) 273 Ala. 656, 144 So.2d 25. Sentencia de 9 de marzo de 1964.
- Corte Suprema de Justicia de Argentina. Resolución del recurso extraordinario. *Caso de Molares, José Luis y otros vs. Diario La Arena*. Sentencia de 26 de marzo del 2013.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación de México. *Tesis aislada. 1a. XXI/2011* (10a.). Derecho Fundamental al Honor de las Personas Jurídicas.
- Corte Suprema de la Nación de México. *Tesis Jurisprudencial 38/2013* adoptaba en Amparo directo 28/2010 de 23 de noviembre de 2011; Amparo directo 25/2010 de 28 de marzo de 2012; Amparo directo 26/2010 de 28 de marzo de 2012; Amparo directo 8/2012 de 4 de julio de 2012; Amparo directo 16/2012 de 11 de julio de 2012.
- Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica. *Katz v United States* 398 US 347 (1967).
- Corte Suprema de México. Primera Sala. Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta. *Libro XIII, Octubre de 2012. Número de Registro: 23866*. Pág. 732.
- Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*. Aprobada el 23 de mayo de 1949. Boletín Oficial Federal I, pág. 1. Última revisión el 28 de agosto de 2006. Boletín Oficial Federal I, pág. 2034. Boletín Oficial Federal III 100-1.
- Tribunal Constitucional de España. *STC 41/2011*. Sentencia de 11 de abril de 2011. Recurso de amparo 4523-2006
- Tribunal Constitucional de España. *STC 180/1999*. Sentencia de 11 de octubre de 1999. Recurso de amparo 1944/96.
- Tribunal Constitucional de España. *STC 227/1992*. Sentencia de 14 de diciembre de 1992. Resolución al recurso de amparo núm. 1.522/89.
- Tribunal Constitucional Federal de Alemania. *Sentencia BVerfGE 93, 266 [Los soldados son asesinos]*. Sentencia de la Primera Sala, del 10 de octubre 1995.
- Tribunal Constitucional Federal de Alemania. *Sentencia BVerfGE 93, 266 [Los soldados son asesinos]*. Sentencia de la Primera Sala, del 10 de octubre 1995.
- Tribunal Constitucional Federal de Alemania. Primera Sala. *Sentencia BVerfGE 7, 198 [Lüth]*. Sentencia de 15 de enero de 1958.

Artículos de periódico:

- Buitrón, Rubén Darío. “Inicio Alvarado es uno de los nuevos ricos del Gobierno”. Diario *El Comercio*. Sección de Política. Fecha de publicación 6 de febrero del 2011. Disponible en:

<http://www.elcomercio.com/politica/Vinicio-Alvarado-nuevos-ricos-Gobierno_0_422357762.html>.

Diario *El Comercio*. “Cronología del caso El Universo”. Portal Web Elcomercio.com. Fecha de publicación 27 de febrero 2012. Fecha de acceso 14 abril 2013. <http://www.elcomercio.com/politica/Cronologia-caso-Universo_0_653934662.html>.

Diario *El Universo*. “Presentan archivo de causa a 2 periodistas”. Fecha de publicación 08 de marzo del 2012. Fecha de acceso 15 de abril del 2013. <<http://www.eluniverso.com/2012/03/08/1/1355/presentan-archivo-causa-2-periodistas.html?p=1584&m=3716>>.

Noticias Caracol. “*Denuncias de fraude: el lunar de las elecciones en Venezuela*”. NoticiasCaracol.com. Fecha de publicación 13 de abril del 2013. Fecha de acceso 29 de abril del 2013. <<http://www.noticiascaracol.com/mundo/video-291637-denuncias-de-fraude-el-lunar-de-elecciones-venezuela>>.

Smith, David and Torres, Luc. “Timeline: a history of free speech”. *The Observer. The Guardian*. Fecha de publicación 05 febrero 2006. <<http://www.guardian.co.uk/media/2006/feb/05/religion.news>>.

Otras fuentes:

CIDH., “Instrumentos Regionales de protección y promoción de Derechos Humanos”. *Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos: actualizado al 30 junio 2010.

FUNDAMEDIOS. *Presidente llama a campaña contra "prensa corrupta" y rompe el ejemplar de un diario*. Fecha de publicación 27 de mayo 2012. Fecha de acceso 7 julio 2013. Disponible en: <<http://www.fundamedios.org/monitoreo-de-libertades/alertas/presidente-llama-campana-contraprensa-corrupta-y-rompe-el-ejemplar>>.

INREDH. Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos. “Antecedentes sobre Mónica Chuji”. *Caso Mónica Chuji-Artículos de Prensa*. Disponible en: <http://www.inredh.org/index.php?option=com_content&view=article&id=444%3Acaso-monica-chuji&Itemid=154>.

INREDH. Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos. “Contestación a la demanda”. *Caso Mónica Chuji-Artículos de prensa*. Presentada el 12 de mayo del 2011. Disponible en <http://www.inredh.org/index.php?option=com_content&view=article&id=444%3Acaso-monica-chuji&Itemid=154>.

Legal Information Institute. Cornell University Law School. “Bill of Rights”. *U.S. Constitution*. Sin fecha de publicación. Fecha de acceso 04 de marzo del 2013. <<http://www.law.cornell.edu/constitution/billofrights>>.

- Organización de las Naciones Unidas. *Historia de la redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos*. Sin fecha de publicación. Fecha de acceso 09 abril 2013. <<http://www.un.org/es/documents/udhr/history.shtml>>.
- Posts Juristas UNAM. “*Célebres procesos de la historia: El juicio a Sócrates*”. Facultad de Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. Fecha de publicación 05 de Noviembre del 2012. Fecha de acceso: 15 de abril del 2013. <<http://juristasunam.com/2012/11/05/celebres-procesos-de-la-historia-el-juicio-a-socrates/>>.
- Real Academia de la Lengua Española. “Opinión”. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. Vigésima Segunda Edición Online. <<http://lema.rae.es/drae/?val=opini%C3%B3n>>.
- Speakers’Corner Trust Organization. Roberts, John. “Magna Carta and early rights”. *The Development of Free Speech in Modern Britain*.. <<http://www.speakerscornertrust.org/wp-content/uploads/2011/03/The-Development-of-Free-Speech-in-Modern-Britain.pdf>>.